Über den

Prozessvergleich

im

geltenden Recht.

Der hohen Juristenfakultät der

Universität Erlangen

vorgelegte Inauguraldissertation

von

Hermann Troeltsch.

1893.

Das Manuscript zu nachstehender Arbeit datirt vom Jahre 1890. Der Verfasser war durch verschiedene Umstände gezwungen, die Drucklegung desselben bis jetzt aufzuschieben. Aus diesem Grunde erklärt sich der Umstand, warum in der Zwischenzeit erschienene Abhandlungen über dem behandelten Stoff verwandte Materien, wie über grundlegende Lehren des Prozessrechts nicht die erschöpfende Verwertung gefunden haben, welche ihnen eine auf dem neuesten Stand der civilprozessualen Wissenschaft fussende Erörterung zukommen lassen musste.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535711_0097

Inhaltsübersicht.

Einleitung:

I. Der Prozessvergleich im Prozessgesetz.

A. Rechtshängigkeit.
B. Beilegung des Rechtstreits.
C. Abschluss vor einem deutschen Gericht.
D. Inhalt, Form, Funktionen.

II. Structur des Prozessvergleichs.

I. Prämisse und Theorien.
II. Grundlagen.
III. Die prozessualen Verzichtserklärungen im P.-V.
A. Verzicht auf Angriffsanspruch.
B. Verzicht auf Vertheidigungsanspruch.
IV. Der onerose Verzichtsvertrag. Grenzbestimmungen.

Anhang:

Prozesshandlung im Prozessvergleich.

Das Grenzgebiet zwischen Civilrecht und Civilprozess ist nicht durchweg so scharf markiert, als dass nicht in zahlreichen Fällen ein Hinübergreifen der Privatrechtsordnung in die Rechts-Bewährungsordnung festzustellen wäre. Diese Berührungspunkte der beiden Rechtsmaterien waren von Alters her gegeben, man denke nur an die Interdikte, denen etwa im heutigen Recht die einstweiligen Verfügungen gleichzustellen wären, man denke ferner an die in integrum restitutio, das pignus iudiciale — die Pfändung, man vergegenwärtige sich im Allgemeinen die Institute der Klagen, Einreden, des Beweises und Urtheils.

Ein Versuch, den Vergleich hier anzureihen, steht nicht durchweg im Einklang mit der bestehenden Lehrmeinung. Wohl wird zugestanden, dass der Vergleich, zunächst und seiner rechtlichen Natur nach Rechtsgeschäft, Wirkungen äussern könne, wie sie sonst nur „Rechtspflegeakten“[1]) zukommen. Nachdem diese Funktion im geltenden Prozessrecht[2]) nach einer Richtung hin wenigstens ausdrückliche Anerkennung gefunden hat, erscheint es in der That als ausgeschlossen, dass der Vergleich völlig aus dem Gebiete des Prozessrechts verwiesen werde. Ein anderes aber ist die Frage, ob dem Vergleich vermöge seiner rechtlichen Struktur ein Platz im Prozessrechtssystem, und bejahendenfalls, wo ihm solcher anzuweisen sei.

Diese Frage nach der prozessualen Natur des Vergleichs ist eine vielfach umstrittene und bisher noch nicht völlig geklärte. Immerhin lässt der Entwicklungsgang der Vergleichstheorie in der neueren Prozessrechtslehre einen unverkennbaren Fortschritt im

---

[1]) Vergl. vor Anderen Wach, Handbuch des deutschen Civilprozesses I. S. 51.
[2]) Vergl. § 702 Z. 1, 2, 5 C.P.O.

Sinne der angedeuteten Sichtung von materiellem und prozessualem Rechtsstoff ersehen. Eigenthümlich genug, scheint es fast, als ob der Anstoss hiezu nicht sowohl von der Prozess- als vielmehr von der Civilrechtstheorie ausgegangen wäre.

Die Konstruktion des Vergleichsvertrags, welche Risch[1]) in seiner ausführlichen Monographie versucht hat, weist mit Entschiedenheit auf prozessuales Gebiet, und den judicatlichen Wirkungen des Vergleichs ist dort[2]) eine vergleichende Erörterung gewidmet. Wir finden denn in den in der Folgezeit erschienenen Lehrbüchern[3]) des gemeinen Prozesses diese Seite — die prozessbeendigende Wirkung insbesondere — des Vergleichs stärker betont als früher. Aber freilich weiter als bis zur Anerkennung dieser potentiellen Eigenschaften gelangte die gemeinrechtliche Theorie nicht. Eine Untersuchung, inwieweit dem der herrschende Gerichtsgebrauch — „Erforderniss einer bestätigenden Sentenz des Gerichts als Voraussetzung für die Exegibilität auch der gerichtlich abgeschlossenen Vergleiche“ — entgegenstand, wäre für die gegenwärtige Abhandlung zwecklos, nachdem der Boden für prozessuale Erörterungen über den Vergleich ein veränderter wurde mit Inkrafttreten der Reichscivilprocessordnung.

Die Vollstreckbarkeitsqualität, welche die C.-P.-O. in § 702 Ziff. 1 einer gewissen Categorie von Vergleichen beilegte, gab

[1]) Risch, die Lehre vom Vergleich mit Ausschluss des Eides und Compromisses. Erlangen 1855.

[2]) Risch a. a. O. § 21.

[3]) Entgegen den Ausführungen in dem System von Heffter, dem Handbuch von Schmid, und endlich dem Lehrbuch von Linde ist die oben angedeutete Funktion des Vergleichs schärfer betont bei Osterloh, Lehrbuch des gemeinen deutschen ordentlichen Civilprozesses: Leipzig 1856 § 16. Demgemäss parallelisiren zwischen Vergleich und Urtheil auch die folgenden, so Wetzell, System des ordentl. Civilprozesses Leipzig 1865 in seiner 2. Auflage (§ 45, 10), Renaud Lehrbuch des deutschen Civilprozesses, Leipzig und Heidelberg 1867 § 75. Dieser Letztere behandelt lediglich den gerichtlichen Vergleich, ob als Typus des prozessbeendigenden Vergleichs, oder weil er die sonstigen Vergleiche gänzlich aus dem Prozesse verbannen will, scheint zweifelhaft. Endlich Endemann, das deutsche Civilprozessrecht ‚Heidelberg 1868‘. Ueber Erörterungen funktioneller Eigenschaften und einiger sonstiger prozessualer Punkte, z. B. der Vollmachtsfrage, Exegibilität u. s. w. können jedoch die genannten Autoren nicht hinaus. Der grössere Theil des Gesagten knüpft in Wirklichkeit an die Vertragsnatur des Vergleichs an, ist demnach civilrechtlichen Inhalts.

Veranlassung, diese Vergleiche von den übrigen auszuscheiden, die Terminologie bedachte sie mit der neuerlich mehrfach angenommenen Gattungsbezeichnung: „Prozessvergleiche". Die Streitfrage aber war jetzt nicht mehr die nach den prozessualen Eigenschaften des Vergleichs überhaupt, sondern nach der prozessrechtlichen Natur des „Prozessvergleichs" im Besonderen gegenüber dem Vergleich im Allgemeinen. Innerhalb dieses Rahmens soll der Prozessvergleich den Stoff für die folgenden Untersuchungen liefern.

Die Art der Behandlung wird sich geeigneter Massen in der Weise gestalten, dass zunächst die de lege lata geltenden Bestimmungen an der Hand des Prozessgesetzes zusammengestellt und auf ihren Inhalt geprüft werden, während ein folgender zweiter Theil dem dogmatischen Konstruktionsversuch Raum geben soll. Diese Anordnung gewährt einen doppelten Vortheil: Einmal wird dadurch von vornherein der gesetzliche Boden bestimmt, dessen Schranken der Konstruktionsversuch, sofern er aus dem geltenden Recht herausgenommen werden will, nicht überschreiten darf, zum andern werden die Lücken, die sich bei Darstellung des positiven Gesetzesinhalts ergeben, nicht unzweckmässiger Weise dazu beizutragen vermögen, dem Versuch einige Berechtigung zu verleihen.

I. Der Prozessvergleich im Prozessgesetz.

Zunächst einige Bemerkungen terminologischer Art:

Die einleitenden Worte lassen erkennen, dass die Bezeichnung „Prozessvergleich" Gemeingut der Prozesstheorie- und Praxis noch nicht geworden ist. Andrerseits aber darf hervorgehoben werden, dass ernstlicher Widerspruch gegen dieselbe bisher von keiner Seite erhoben wurde und neuerdings wohl auch nicht mehr erhoben werden wird. Die neueste wissenschaftliche Literatur hat den „Prozessvergleich" ausdrücklich sanctionirt.[1])

[1]) Wach Handbuch I. S. 248, 577 Note 28 u. s. w. Planck Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts I. S. 305 fg. Dieser gebraucht neben P.-V. wohl auch „gerichtlicher Prozessvergleich", eine wenn auch nicht als Pleonasmus zu bezeichnende, so doch wohl nicht unentbehrliche Häufung der Worte, wenn man die Benennung Prozessvergleich allen Vergleichen verweigert, die nicht die später zu erörternden prozessualen Bestandtheile in sich tragen. Aber auch die Kommentare haben sich bereits theilweise angeschlossen, so von Wilmowski-Levy 6. Aufl. zu § 702 C.-P.-O. Note 2 Nr. 1.

Bisher war der Sprachgebrauch vielfach schwankend. So finden sich: Prozessvergleich, gerichtlicher Vergleich, oder gerichtlich geschlossener Vergleich und Vergleich[1]) schlechthin gleichbedeutend gebraucht nebeneinander. Die Hauptschuld daran ist wohl dem Prozessgesetz selbst beizumessen, welches sich von dem hergebrachten Sprachgebrauch noch nicht zu emancipiren vermochte und mit der Bezeichnung Vergleich die Prozessvergleiche sowohl, wie die Vergleichsverträge rein civilrechtlicher Natur gemeinsam begreifen wollte, soweit es überhaupt in die Lage kam, mit den letzteren wegen ihrer allenfalls prozessualen Wirkungen sich zu befassen (§. §. 93, 77, 79 CPO.). Dabei ist nicht absolut sicher festzustellen, ob das Gesetz an der Stelle, da es unbestrittenermassen vom prozessualen Vergleich handeln wollte (§ 702 Ziff. 1), lediglich die civilrechtliche Terminologie sich aneignen oder ob es mit Herübernahme des Terminus „Vergleich" in das prozessuale Wortregister nunmehr dem prozessualen Vergleichsbegriff auch eine prozessuale Benennung geben wollte. Ist dies letztere die Absicht des Gesetzgebers, so bezeugt er durch die Beifügung einer Anzahl besonderer Merkmale des Prozessvergleichs, dass er selbst von der Unzugänglichkeit seiner Terminologie überzeugt ist, und das Streben einen jeden Zweifel fernehaltenden Ausdruck zu suchen, findet seine direkte Rechtfertigung im Gesetz. Wollte der Gesetzgeber aber, indem er das Wort „Vergleich" in § 702 Ziff. 1 setzte, insoweit lediglich mit dem civilrechtlichen Vergleichsbegriff operiren, so wird es Pflicht der Theorie, sofern sie anders dem Institut des Prozessvergleichs Existenzberechtigung im Prozessgebiete zuerkennt, spontan nach einer zutreffenden Benennung desselben zu forschen. Diese Pflicht wird um so dringender, wenn,

---

[1]) Gerichtlicher Vergleich, so Petersen Kommentar zur Reichscivilprozessordnung, 2. Aufl. Bem. zu § 702 Ziff. II; gerichtlich geschlossener Vergleich, so Gaupp in seinem Kommentar, 1. Aufl. Bem. zu § 702 Ziff. II. 1. In der 2. Auflage spricht Gaupp bezeichnender Weise von „gerichtlichen Vergleichen über rechtshängige Sachen"; Vergleich schlechthin, so Hellmann Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechtes, S. 279, 435 u. a. Derselbe in seinem Kommentar, neue Ausgabe, Bem. zu § 702 Ziff. 1 u. a.; L. Seuffert, in seinem Kommentar 4 Aufl. Bem. zu § 702 Ziff. 1, von Sarwey in seinem Kommentar 1. Aufl. Bem. zu § 702 Ziff. 1. Kleiner in seinem Kommentar zu § 702 Nr. 1.

wie im vorliegenden Fall, Unklarheiten im Sprachgebrauch zu Irrthümern und Verkennungen des Begriffs führen.[1])

Solchen Mängeln abzuhelfen, scheint die Bezeichnung „Prozessvergleich" am besten geeigenschaftet. Sie hat zunächst den Vorzug mit anderen angeführten Benennungen gemein, dass sie eine gewisse Kategorie von Vergleichen aus der Gesammtheit derselben absondert. Sie ist denselben vorzuziehen, weil sie ihre Mängel nicht theilt. An „gerichtlicher oder gerichtlich geschlossener Vergleich" ist zu reprobiren, dass Prozessvergleich auch vor beauftragtem oder ersuchtem Richter abgeschlossen werden kann, nicht nothwendig vor dem Gericht erklärt zu werden braucht. Neben diesem mehr äusserlichen Mangel ist aber der wichtigere hervorzuheben, dass nicht jeder gerichtliche Vergleich unter § 702 Ziff. 1 fällt — man denke an die im Betrieb der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu Stande kommenden Vergleiche. Wollte man dem etwa mit „prozessgerichtlichem Vergleich" abhelfen, so wäre die Bezeichnung wiederum zu eng, da die Prozessvergleichsabschlüsse nicht auf das Prozessgericht beschränkt sind.

Im Gegensatz hiezu bringt der Terminus „Prozessvergleich" den positiven Vorzug mit sich, dass er ein wesentliches Moment in den Vordergrund rückt, nämlich das dem Prozessvergleich immer charakteristisch innewohnende Moment eines anhängigen Prozesses. Zudem ist die damit geeignet verbundene Betonung des prozessualen Elementes zu billigen. So soll denn fürderhin an „Prozessvergleich" festgehalten werden.

Die Civilprozessordnung trifft Bestimmungen hinsichtlich der Vergleiche überhaupt in den §§ 702 Ziff. 1, 146 Ziff. 1, ferner in §§ 77, 79 und 93. Heranzuziehen wäre etwa noch § 21 des Gerichtskostengesetzes, § 13 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte; eine normative Bedeutung bezüglich des Prozessvergleichs kann diesen Vorschriften, die den Vergleichsbegriff lediglich herübernehmen, wie ihn die CPO. geschaffen, nicht beigemessen werden. Die Vergleiche der §§ 471 und 702 Ziffer 2 mögen vorerst ausser Betracht bleiben.

---

[1]) § 702 Ziff. 1 bietet selbst das nächstliegende Beispiel. Prozesshandlung und Vergleich in § 77! s. auch S. 27.

Bei einer Gegenüberhaltung der aufgezählten Stellen springt in die Augen, dass an den drei letzteren Orten im Prozessgesetz lediglich von Vergleichen schlechthin die Rede ist, während an den erstgenannten der Vergleichsbegriff ein engerer geworden ist dadurch, dass für sein Vorhandensein einige besondere Requisite aufgestellt werden. Und zwar spricht § 146 Ziff. 1 von „Vergleichen, durch welche der geltend gemachte Anspruch ganz oder theilweise erledigt wird," während § 702 Ziff. 1 Vergleiche treffen will, „welche nach Erhebung der Klage zur Beilegung des Rechtsstreits seinem ganzen Umfange nach oder in Betreff eines Theils des Streitgegenstands vor einem deutschen Gericht abgeschlossen sind".

Diese vom Gesetz getroffene Unterscheidung kann unmöglicher Weise auf blossem Zufall beruhen. Es leuchtet dies um so mehr ein bei einer näheren Betrachtung der beiden letzteren Stellen, welche die durch die verschiedene Ausdrucksweise anscheinend statuirten Unterschiede verschwinden macht und zu dem Ergebniss führt, dass an beiden letzteren Orten dieselbe Vergleichsgattung bezeichnet sein will.

Eine Vorbemerkung principieller Natur möge zunächst Raum fidnen:

Das Prozessrecht ist formelles Recht nicht durch seine Quelle, die Prozessordnung, sondern durch seine Substanz, als Inbegriff von Regeln über Rechtsschutzverfahren. Letztere hat die Prozessordnung ihrer Zweckbestimmung gemäss aufzustellen; damit ist aber nicht gesagt, dass sie sich des Uebergreifens in die Privatrechtsmaterie ganz und gar enthalte; vielmehr finden sich im Gesetz mannigfach materieller Thatbestand und prozessuale Rechtserheblichkeit in der Weise in verhältnissmässige Beziehung gesetzt, dass ersterer als Vorauzsetzung mit Wirkungen der letzteren Art versehen ist oder umgekehrt. Als Beispiele können die Veräusserung eines in irgend welcher rechtlichen Beziehung in Streit befangenen Grundstücks und die daran geknüpfte prozessuale Berechtigung des Erwerbers (§ 237 CPO.) in der einen, die Bestimmung des § 236 Abs. 1 l. c. über gewisse negative Funktionen

der Rechtshängigkeit[1]) in Hinsicht auf den materiellen Anspruch in der anderen Richtung gelten.

Man mag diese Grenzüberschreitung für nicht unbedenklich erachten, einmal wegen der eventuellen Schwierigkeiten die sich mit Bezug auf die Verschiedenheiten in der Gesetzgebungsinstanz ergeben können — man vergegenwärtige sich den Zustand, wie er mit Rücksicht auf Art. 4 Ziffer 13 der Reichsverfassung vom 16. April 1871 bis zu dessen Neuformulierung im Gesetz vom 20. Dezember 1873 in den deutschen Bundesstaaten bestand —, dann wegen des weiten Spielraums, der dem Prozessgesetz mit der principiellen Zulassung derartiger Uebergriffe eröffnet ist. Allein gerade darin liegt auch das Remedium. Im Bewusstsein der Gefährlichkeit hat der Gesetzgeber sich zu solchem Vorgehen in der Regel nur dann entschlossen, wenn ihm Lücken, Verschiedenheiten oder Unsicherheiten im materiellen Recht eine endgiltige Regelung nothwendig erscheinen liessen — Beispiele vor Allem die §§ 236, 239 CPO.,[2]) ein Umstand, der wiederum zu dem umgekehrten Schluss berechtigt, dass, wo der Gesetzgeber in dieser Weise verfahren sei, derartige Lücken u. s. w. im jeweiligen anderen Rechtsgebiete vorhanden gewesen seien.

Nun kann aber der Gesetzgeber noch einen Schritt weiter gehen. Während er bisher materiellen und formellen Thatbestand blos in bestimmte Beziehungen brachte, den einen mit Bezug auf den andern regelte, nimmt er bisweilen sogar privatrechtliche Begriffe mit den entsprechenden Terminis herüber, um sie zur Bestimmung von Prozesshandlungen zu verwerthen. Das illusterste Beispiel bildet wohl der viel umstrittene „Anspruch".[3]) In diesem Fall wird die Scheidung doppelt schwer, denn man wird ohne weiteres geneigt sein, dem Hinzielen auf das materielle Recht zu folgen.

Der Versuch einer Auslegung zunächst des § 702 Ziff. 1 CPO. nach den aufgestellten Gesichtspunkten ergibt vor Allem eine

---

[1]) Vergl. Wach a. a. O. S. 118, insbes. wegen exemplificirender Stellen zu dem aufgestellten Satz in Note 11, sowie weiter Mandry an den allegirten Orten und endlich von Wilmowski-Levy EG. zur CPO. § 13 S. 1150.

[2]) Windscheid Pand. 5. Aufl. §§ 125 Note 7 bezw. 129 fg.

[3]) Wach a. a. O. § 23 IV2 a. u. b.

Herübernahme des civilrechtlichen Vergleichsbegriffs in das Prozessgebiet. Motiv für den Gesetzgeber kann auch hier das Empfinden einer Lücke und zwar nunmehr im Prozesssystem gewesen sein. Entweder konnte er das Institut, das er bezeichnen wollte, mit prozessualen Merkmalen nicht erschöpfen oder er zog es vor, dies nicht zu thun, vielleicht aus Rücksichten der Deutlichkeit, vielleicht auch der Zweckmässigkeit. In der That liegt der erstere Fall vor. Es mag insoweit das Resultat der späteren Erörterungen schon jetzt herangezogen werden. Aus lediglich prozessualen Begriffen den Prozessvergleich zu konstruiren, ist ein Ding der Unmöglichkeit. Wenn nun aber aus diesem Grunde der Gesetzgeber zum Theil mit materiellem Recht operirt hat, so konnte er dies doch in weiterem Umfang gethan haben, als nöthig gewesen wäre, andrerseits ist auch nicht unmöglich, dass er mit den gegebenen Merkmalen das Wesen des Rechtsinstituts dermassen bezeichnet zu haben glaubte, dass er auf Hervorhebung weiterer Momente verzichtete. Es muss desshalb der Wissenschaft immerhin das Recht zustehen, zu untersuchen, inwieweit nicht etwa durch den verwendeten materiellrechtlichen Begriff allein oder in Verbindung mit den normirten prozessualen Faktoren weitere im Wesen des Rechtsinstituts verborgene Elemente verdeckt werden.

Noch ein Drittes ist zu bemerken. Bei dem oben unternommenen Versuch, den hier gebilligten Sprachgebrauch zu rechtfertigen, ist bereits hervorgehoben worden, dass der Terminus „Prozess-Vergleich“ dem Gesetz fremd ist. Andrerseits musste es aber doch wohl dem Institut einen Namen geben; es erübrigt infolgedessen nur anzunehmen, dass es „Vergleich“ zugleich in einem terminologisch-prozessualen Sinn gebraucht haben wollte[1]), ein Verfahren, das allerdings an der betr. Stelle des Gesetzes unbedenklich erscheinen kann, wohl aber ausserhalb desselben zu Irrthümern zu verleiten geeignet ist.

---

[1]) Diese sog. „disponirende Form“, mit welcher unter Festsetzung des Wesens des betr. Rechtsinstituts zugleich sein Terminus bestimmt wird, ist der CPO. auch sonst nicht fremd: vergl. §§ 61, 62, 63 Haupt- und Nebenintervention; 74, 76 ff. Prozessbevollmächtigter, 86 Beistand, 106, 107, 108 Armenrecht u. s. w.

Die daraus abzuleitende Berechtigung, eine präcisere Fassung zu suchen, müsste übrigens in vollem Umfang von denjenigen zugestanden werden, welche entgegen der hier vertretenen Meinung dafür halten, dass das Gesetz über Normirung von Wesen und Voraussetzungen des Prozess-Vergleichs nicht habe hinaus gehen, insbesondere aber demselben keinen besonderen Titel geben wollen.

Gegen die vorgeschlagene Auslegung kann der Einwurf erhoben werden, dass die Motive zum Gesetz die Prozessvergleiche lediglich als civilrechtliche Verträge behandelten (S. 418), denen aus Utilitätsrücksichten Vollstreckbarkeitsfähigkeit beigelegt ist, zumal da sie diese Eigenschaft zumeist schon in der früheren Perticulargesetzgebung gehabt hätten. Allein abgesehen davon, dass die in den Motiven niedergelegte Ansicht zwar historisches Hilfsmittel, aber keine autoritative Willensäusserung darstellt, können dieselben umsoweniger in dem Fall bindende Kraft für sich beanspruchen, wenn sie dem Gesetz eine bestimmte dogmatische Ansicht unterschieben wollen. Die Interpretation kann hiedurch in ihrer Freiheit nicht beeinträchtigt werden.

Uebrigens findet sich diese beim Prozessvergleich angenommene Mischung von materiellen und prozessualen Elementen auch sonst vielfach im Prozess, bei Prozesshandlungen sowohl, wie bei prozessualen Verhältnissen. So umfasst der Begriff der Rechtshängigkeit einen doppelten Thatbestand: prozessual den Zustand des zwischen Partei und Gericht mit der Erhebung des (prozessualen) Klagsanspruchs existent gewordenen Recht- und Pflichtverhältnisses, materiell hingegen, sofern anders ein subjektives Privatrecht zu Grunde liegt, den Zustand des gegen den Verpflichteten unter Anrufung staatlicher Hilfe verfolgten (materiellen) Anspruchs.

Noch einleuchtender wird die Unterscheidung von formeller und materieller Rechtskraft sein. Für Prozesshandlungen mag der Fall der Klagserhebung, Klagszurücknahme exemplificiren. Prozessual ist die letztere Verzicht auf klageweise gegen das Gericht erhobenen Prozessanspruch, materiell Verzicht auf den gegenüber dem Gegner beanspruchten privatrechtlichen Vortheil.

Hienach lässt sich der Inhalt der Ziff. 1 § 207 CPO. dahin zusammenfassen: Die Zwangs-

vollstreckung findet statt aus „Prozessvergleichen, d. h. aus gewissen prozessualen Handlungen, welche nach Erhebung der Klage u. s. w. vor einem deutschen Gericht vorgenommen worden sind, (über deren Inhalt und Form aber das Gesetz sich weiter nicht auslässt) und deren materiellrechtliche Seite[1]) einen Vergleichsvertrag darstellt."

Den nämlichen Doppelbegriff werden wir den Vergleichen des § 146 Ziff. 1 CPO. beizulegen haben. Die Berechtigung dieser Identifizirung wird im folgenden bei Besprechung der einzelnen im Gesetz aufgestellten prozessualen Erfordernisse darzuthun versucht werden. Soweit der Prozessvergleich materieller Vertrag, liegt er ausserhalb des Bereichs der Abhandlung.

A. Rechtshängigkeit.

Die CPO. nennt als erste Voraussetzung „Abschluss des Prozess-Vergleichs nach Erhebung der Klage". Ueber die Bedeutung derselben sind die Lehrbücher und Kommentare nicht einig. Die einen wollen es lediglich ankommen lassen auf die Thatsache der Klagerhebung,[2]) wobei es im übrigen gleichgiltig sei, ob dieselbe in concreto Rechtshängigkeit bewirkt habe oder nicht. Andere identificiren Ursache und Wirkung, indem sie Rechtshängigkeit[3]) verlangen. Insofern aber nach dem Gesetze (§ 235) durch die formgerechte Erhebung (abgesehen von den Ausnahmefällen der §§ 461, 471, gemäss § 230) der Klage immer Rechtshängigkeit begründet wird, erscheint eine Meinungsverschiedenheit nach dieser Richtung als ziemlich bedeutungslos. Denn wurde die Klage nicht nach den Vorschriften des Gesetzes erhoben, so kann

---

[1]) Insoweit, aber auch nur insoweit vermag denjenigen zugestimmt zu werden, welche zu § 702 Z. 1 bemerken, der Begriff des Vergleichs sei dem materiellen Recht zu entnehmen. Seuffert Komment. a. a. O. Ziff. 1.

[2]) So Hellmann Lehrbuch § 136 Ziff. 1, anscheinend auch Endemann zu § 702 Note 1b.

[3]) So Seuffert zu § 702 CPO. Note 1, von Sarwey a. a. O. Note 2, so anscheinend auch von Wilmowski-Levy a. a. O. Note 2 u. a., ebenso Kleiner a. a. O. zu N. 1.

man von einer Klagerhebung ihm Sinne desselben überhaupt nicht sprechen. Immerhin kann die Ausdrucksweise des Gesetzes in zweifacher Beziehung zu Zweifeln Anlass geben.

1) Es entsteht nämlich zunächst mit Rücksicht auf die Theorie vom „Prozessverhältniss“[1]) die Frage, ob die CPO. neben der durch Erhebung der Klage begründeten Rechtshängigkeit auch das Vorhandensein sämmtlicher übrigen Prozessvoraussetzungen, sei es bei Erhebung der Klage, sei es in Form nachträglicher Ergänzung ursprünglich fehlender (Convaleszenz des Prozessrechtsverhältnisses) für nothwendig habe erklären wollen, oder ob sie die „blosse Rechtshängigkeit“ für genügend erachte, welche ihrerseits lediglich formell richtige Klagerhebung voraussetzt.

Praktisch würde diese Unterscheidung werden durch Zulässigkeit von diesbezüglichen schuldnerischen Einwendungen auf Grund des § 668 CPO., eventuell des Rechtsmittels des § 701 im ersteren, Unzulässigkeit im zweiten Fall.

Die bestehende Gesetzgebung, welche lediglich die negative Seite der (übrigens nicht aller) Prozessvoraussetzungen (§ 247) in's Auge fasst, vereinigt dieselben unter den Begriff der „prozesshindernden Einreden“. Insoweit diese verzichtbar sind, wird durch den Verzicht des Beklagten — sei es durch ausdrücklich oder durch Nichtgebrauch des ihm zustehenden Rechts erklärten — der bisherige Mangel geheilt, es tritt Convaleszenz des Prozessrechtsverhältnisses ein. Wird aber auf Grund so gearteter Einreden die Verhandlung zur Hauptsache verweigert (§ 248 I), so fällt die Möglichkeit eines Prozess-Vergleichs ausser Betracht.

Erheblich kann hingegen der dritte denkbare Fall werden, dass vor rechtskräftiger Entscheidung über die prozessuale Streitfrage (§§ 248, I u. II, 137, 465 III l. c.) zur Hauptsache verhandelt wird, wobei Prozessvergleich zu Stande kommt. Selbst wenn der Kläger mit diesem auf seinen (materiellen) Anspruch verzichtet hätte, stünde dem Beklagten die Befugniss des § 277

---

[1]) Vergl. Bülow Prozesseinreden Giessen 1868, und für die Weiterentwicklung der Theorie insbesondere durch Untersuchung des gegensätzlichen Begriffs der blossen Rechtshängigkeit aus der umfangreichen Literatur Schwalbach im Archiv für civilistische Praxis LXIV S. 256 fg., 267 fg., LXIII. 399 fg.

jedenfalls nicht zur Seite. Daraus folgt die Nothwendigkeit der Annahme, dass der Beklagte mit seinem in der Eingehung des Vergleichs liegenden Verzicht auf materiellen zugleich den formellen Vertheidigungsgrund habe begreifen wollen. Mit dem PV. wird prozesshindernde Einrede gegenstandslos. Ihr Vorbringen hat das Zustandekommen desselben nicht gehindert.

Bei den nicht verzichtbaren prozesshindernden Einreden ist zu unterscheiden zwischen solchen, welche die Unfähigkeit des Gegners zur Vornahme von Prozesshandlungen[1]) als Angriffspunkt haben und den übrigen. Die mangelnde Prozessfähigkeit und gesetzliche Vertretung hindern naturgemäss, wie die Vornahme jeder anderen gültigen Prozesshandlung, so auch den gültigen Abschluss eines PV. Obwohl also im ersteren Fall Entstehung und Fortdauer der Rechtshängigkeit ausser Frage steht, so kann doch das Prozessrechtsverhältniss nimmermehr zu Stande kommen, bezw. das bereits vorhandene wird bei Wegfall der betr. Prozessvoraussetzung zerstört.[2]) Von der Gültigkeit des allenfalls abgeschlossenen PV. kann hier so wenig die Rede sein, wie bei eingetretenem Tod des gesetzlichen Vertreters hinsichtlich des etwa zwischen Vertretenem und Gegner vereinbarten.

Im Uebrigen aber können die Fälle entweder so gelagert sein, dass PV. zu Stande kam, noch bevor über die (unverzichtbare) Einrede rechtskräftige Entscheidung erfolgt war, oder es war etwa der objektive Mangel derartiger Prozessvoraussetzungen erst hinterher bemerkt worden.[3]) Aus dem Umstand allein, dass das Gesetz Rechtsmittel gegen PVe. nicht gewährt, lässt sich eine befriedigende Lösung nicht gewinnen. Aber freilich bietet dasselbe auch sonst keine durchweg sicheren Anhaltspunkte dafür, ob ein dergestalt vereinbarter Vergleich Vollstreckbarkeitsqualität habe, oder ob er lediglich die Basis für einen neuerlichen Rechts-

---

[1]) Ueber den PV. als Prozesshandlung s. unten Anhang.

[2]) Schwalbach a. a. O. S. 276.

[3]) Was allerdings nur bei einer Ausserachtlassung der richterlichen Prüfungspflicht denkbar ist; vergl. Birkmeyer in Busch's Zeitschr. f. d. CP. Bd. VII S. 174 f. f. Es sind dies die Fälle der Unzuständigkeit des Gerichts bei ausgeschlossener Prorogation und der Unzulässigkeit des Rechtswegs.

streit bilden könne. Die Entscheidung muss demnach nach anderen Gesichtspunkten getroffen werden. Solange Unzuständigkeit des Gerichts gegeben ist, steht diese doch nur der materiellen Sachprüfung gerade durch dieses Gericht im Wege, nicht aber der auf formellem Gebiete liegenden Thätigkeit, welche der Richter bei Entgegennahme der Vergleichserklärungen zu bewähren hat. Wenn also mit dem Vergleich auf die Sachprüfung und damit auf die Entscheidung verzichtet wird, so fehlt es an dem Boden, auf dem der vorliegende Mangel sich geltend machen könnte.

Anders liegt die Sache bei Unzulässigkeit des Rechtswegs. Befinden sich hier die Parteien mit ihrer Streitigkeit auf bürgerlichem Rechtsgebiet während doch die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte vielleicht wegen besonderer Zuständigkeitsnormirung (§§ 13, 14 GVG.) ausgeschlossen ist, so wird prinzipiell gegen die Vollgiltigkeit eines vor einem ordentlichen Gericht abgeschlossenen PV. nichts einzuwenden sein. Man wird dieselbe indess dann nicht zugeben können, wenn die Streitigkeit auf dem Gebiet des ius publicum entstanden ist. (Insbesondere Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte des § 13 a. a. O!) Der Grund liegt aber hier nicht sowohl in dem Mangel der Prozessvoraussetzung, als vielmehr in dem Hereinragen anderweitigen sich Geltung verschaffenden Interesses, nicht in formellen Zuständigkeitsmängeln, sondern in der Beschaffenheit materieller Rechtsverhältnisse.

Für das Zutreffen der vorstehenden Resultate de lege lata spricht die Erwägung, dass, wollte der Gesetzgeber es an blosser Rechtshängigkeit sich nicht genügen lassen, er voraussichtlich neben die ausdrücklich aufgeführten Momente in § 702 Ziff. 1 CPO. einen bezüglichen Zusatz gemacht hätte.

2) Der Erhebung der Klage, insofern diese Rechtshängigkeit bewirkt und damit Abschluss des PV. ermöglicht, lassen sich ohne Weiteres die folgenden Rechtshängigkeit begründenden Angriffsmittel parallel stellen: Klagsänderung (§ 235 Ziff. 3, 241 l. c.), Erweiterung des Klagantrags, insbesondere Incidentfeststellungsklage (§§ 240 Z. 2., 253 l. c.), Widerklage (§ 253), endlich in amtsgerichtlichen Sachen Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl

(§§ 634, 636 l. c.) und Vollstreckungsbefehl im Mahnverfahren (§ 640).[1]) Bezüglich der Kompensationseinrede s. u. S. 55 fg.

Widerspruch und Vollstreckungsbefehl nöthigen zu einigen ausführlicheren Bemerkungen.[2]) Das Gesetz behandelt amts- und landgerichtliche Sachen verschieden. Bei Prozessen der ersteren Art tritt, rechtzeitigen Widerspruch vorausgesetzt, Rechtshängigkeit ein oder wird vielmehr als eingetreten betrachtet mit Zustellung des Zahlungsbefehls an den Schuldner. Vor eingelegtem Widerspruch bestehen lediglich die Wirkungen[3]) der Rechtshängigkeit (§§ 636, 633, 635, 235, 239 CPO), freilich mit der Massgabe, dass diese selbst bedingungsweise ex tunc datirt wird. Tritt aber die Bedingung nicht ein, hat demnach Rechtshängigkeit an sich nie bestanden, so kann auch ein etwa in diesem Stadium geschlossener PV. die Funktionen des § 702 Ziff. 1 nicht ausüben. Man möge hieraus nicht die missverständliche Folgerung ziehen, als ob es nach Abschluss des Vergleichs im Belieben des Beklagten läge, durch Erhebung des Widerspruchs eine Convaleszenz herbeizuführen. Eine derartige Rückwirkung ist dem Prozess fremd und es wäre ebenso unerhört,

---

[1]) Schwalbach a. a. O. S. 269. A. M. bezüglich der Widerklage ungerechtfertigter Weise Lippmann Archiv f. CPr. LXV S. 357 ff. 375 fg. Mit Recht wird hiegegen auf §§ 253 und bes. 254 CPO. verwiesen.

[2]) Die Kommentatoren lassen fast ausnahmslos PV. auch im Mahnverfahren zu, so: Struckmann Koch § 702 Anm. 1. v. Wilmowski-Levy l. c. Anm. 2; v. Sarwey dortselbst Note 1a, Petersen ebenda Note 1, Gaupp 2. Aufl. ebenda I 1b. A. M. Puchelt II S. 573.

[3]) Auf diesen Unterschied wird heute mit Recht Gewicht gelegt. Früher wollte man Rechtshängigkeit schlechtweg mit Zustellung des Zahlungsbefehls entstehen lassen (Goldenring in Busch's Zeitschrift Bd. I S. 477). Die neuere Ansicht begründet ausführlich, gestützt auf die präcise Ausdrucksweise des Gesetzes, unter Hervorhebung wichtiger praktischer Consequenzen der Unterscheidung Schwalbach a. a. O. S. 264, 270. Wer vermöchte sich der Beweiskraft der einfachen Argumentation zu verschliessen: § 633 CPO. lässt mit Zustellung des Zahlungsbefehls die Wirkungen der Rechtshängigkeit eintreten; nach § 637 erlöschen die Wirkungen der RH. bei landgerichtlicher Zuständigkeit, sofern nicht rechtzeitig Klage erhoben wird. Wozu bedarf es aber noch der — rechtshängigkeitbegründenden — Klage, wenn RH. vorher schon bestünde?

eine nachträgliche Ausstattung der zum PV. erforderlichen prozessualen Verzichtserklärung des Klägers mit prozessualem Inhalt, der ihr vorher völlig mangelte, zuzulassen, als wenn man etwa der von einem Prozessunfähigen erhobenen Klage nach Wiedererlangung der Prozessfähigkeit durch denselben volle Wirksamkeit beilegen wollte. Der Vergleich ist demnach in solchen Fällen lediglich civilrechtliches Uebereinkommen.

Umgekehrt lässt das Gesetz selbst keinen Zweifel bestehen für den Fall der Widerspruchserhebung. Vergl. § 636 „Die Klage ist als . . . . erhoben anzusehen". Hier mögen denn auch die Motive mitsprechen, welche S. 381 zur Begründung des Gesuchs um Erlassung eines Zahlungsbefehls „die zur Begründung einer Klage nothwendigen Angaben" verlangen und hiebei auf den dem § 230 des Gesetzes entsprechenden § 222 des Entwurfs verweisen. Es fehlt demnach nicht an der erforderlichen Bestimmtheit der Parteien und des Gerichts, des Streitgegenstands, Klagantrags u. s. w., nachdem mit dem Widerspruch die nothwendige formelle Grundlage für den Rechtsstreit geschaffen ist.

Wird, wie es bei landgerichtlichen Sachen die PO. vorschreibt, beim zuständigen Gericht neuerlich Klage erhoben (§ 637 CPO.), so findet die Frage hieran ihre einfache Lösung.

Der Vollstreckungsbefehl ist ähnlich zu beurtheilen. Zwar fehlt es auch bei diesem an der vorausgegangenen „Erhebung der Klage". Allein wenn nach § 640 a. a. O. der Rechtsstreit mit Erlassung des Vollstreckungsbefehls sich in derselben Lage befinden soll, wie nach einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Versäumnissurtheil, so ist, da dieses Klagserhebung voraussetzt, jedenfalls mit Erlass Rechtshängigkeit gegeben Uebrigens wird durch rechtzeitige Einsprucherhebung der Prozess in die Lage zurückversetzt, in der er sich vor Ablauf der Widerspruchsfrist befand (§§ 640, 307). Wenn das Gesetz nachträgliche Widerspruchseinlegung erlässt, so mag man dies damit zu begründen suchen, dass man durch die in Folge des ordnungsmässigen Einspruchs bewirkte mündliche Verhandlung eine ausdrückliche Widerspruchseinlegung für entbehrlich geworden erachtet;[1]) am naheliegendsten ist jedenfalls der auch in

[1]) Troll, der Einspruch nach der Reichscivilprozessordnung, München 1887. S. 29.

den Motiven S. 386 zum Ausdruck gekommene Gedanke, dass der Vollstreckungsbefehl nichts weiter ist, als der verstärkte Zahlungsbefehl (s. § 639 CPO); demnach müssen sich auch Einspruch und Widerspruch analog zu einander verhalten. Der Einspruch, das maius muss zum mindesten im Stande sein, die Wirkungen des minus, des Widerspruchs zu erzeugen. Wird die Frage auf diesen Stand zurückgeführt, so kann ihre Beantwortung im Sinn der Zulässigkeit des PV. gleichfalls nicht mehr zweifelhaft sein.

Wenn im Vorstehenden das Moment der Rechtshängigkeit insofern gewürdigt wurde, als deren Beginn nothwendige Voraussetzung für PV.-Abschluss darstellt, so ist andrerseits auch ihr Ende hiefür massgebend. Mit Aufhören der Rechtshängigkeit gebricht es an dem ersten Erforderniss des § 702 Ziff. 1. Das Gesetz bindet diesen Augenblick an die formelle Rechtskraftbeschreitung des Endurtheils (§§ 541, 645) und an die Zurücknahme der Klage (§ 243).[1]) Dass die Rechtskraft nicht mit Erlass des Urtheils, sondern erst in einem späteren Zeitpunkt eintritt, ist zwar eine Eigenthümlichkeit, die aus der Einrichtung des Rechtsmittelverfahrens zu erklären, nicht aber durch das Wesen der Sache bedingt ist.[2]) Immerhin verursacht sie für die Lösung der Frage, ob auch in diesem Abschnitt des Prozesses d. h. also zwischen Urtheilserlass und Eintritt der Rechtskraft PV. möglich sei, Schwierigkeiten. Dass (lediglich civilrechtliche) Vergleichsabkommen denkbar sind, wird wohl nicht in Abrede gestellt werden.[3]) Wollte man aber die Zulässigkeit des PV. allein nach

[1]) Planck, Lehrbuch I S. 272 fg.

[2]) Beweis hiefür sind die letztinstanziellen Urtheile, soferne sie nicht Versäumnissurtheile sind. Zwar wird behauptet (Schwalbach a. a. O. Note 32 b, es bleibe auch hier für Ergänzungsanträge Rechtshängigkeit bestehen zufolge § 292 CPO. Diese dauert aber in Wahrheit fort nicht für den durch Urtheil erledigten Theil des Anspruchs, sondern nur, insoweit über den letzteren nicht entschieden ist (vergl. § 273 CPO.). Für diesen nicht erledigten Theil tritt Ende der Rechtshängigkeit ein mit dem rechtskräftigen Ergänzungsurtheil. Die anscheinend entgegenstehende, in der That aber nur auf Zweckmässigkeitsrücksichten sich gründende Bestimmung des § 478 CPO vermag diese Auffassung um so weniger zu beeinträchtigen, als die neuerlich stattfindende Verhandlung zufolge ausdrücklicher Vorschrift des § 292 Abs. 4 nur den nicht erledigten Theil des Rechtsstreits zum Gegenstand haben darf.

[3]) Was die praktische Folge hat, dass der Vollstreckbarkeit derartiger Vergleiche nach § 702 Ziff. 5 nichts im Wege steht.

dem hier besprochenen Gesichtspunkt beurtheilen, so hätte die Antwort bejahend auszufallen; denn mag man auch von einer nur bedingten Fortdauer der RH. über das Urtheil hinaus sprechen, in einem gewissen Sinn dauert sie fort. Anders freilich wird die Antwort auszufallen haben, zu der die prozessuale Konstruktion nöthigt.

Sind Rechtsmittel eingelegt, so ist für unsere Frage die Prozesslage ähnlich wie nach erhobener Klage.

B. Beilegung des Rechtsstreits.

Während unter lit. A. Rechtshängigkeit als nothwendige Voraussetzung des PV. bezeichnet worden ist, könnte man die zweite vom Gesetz statuirte Norm als eine solche über den Zweck desselben charakterisiren. Zweck des PV. soll sein: „Beilegung des Rechtsstreits seinem ganzen Umfang nach oder in Betreff eines Theils des Streitgegenstands". Ob er das freilich immer erreichen wird, ist eine andere Frage. Mangelhafte, in der Auslegung zu Zweifeln Anlass gebende Formulirung des Vergleichsvertrags zwischen den Parteien, wird nicht selten Anlass zu neuen Rechtsstreitigkeiten bieten. Genug, der Vergleich bleibt theoretisch[1]) PV., sofern sein Zustandekommen dem bezeichneten Zwecke dienen sollte.

Es darf hier schon darauf hingewiesen werden, dass ein Festhalten an diesem und dem unter lit. A. besprochenen Punkte bei Beurtheilung der verschiedenen Vergleichsarten es bereits ermöglicht, gewisse Kategorien als nicht zu den PVen. in specie gehörig auszuscheiden. Wie wichtig die Hervorhebung eines jeden Punktes für sich durch das Gesetz ist, ergibt sich aus einigen Beispielen.

So sind vor Allem aus den PVen. abzusondern zwei häufige Vergleichsarten: der Alimentenvergleich und der Vergleich vor dem Verlassenschaftsrichter (wo gerichtliche Nachlassauseinandersetzung vorgeschrieben). Hier fehlt es allerdings schon an der Klagserhebung und demzufolge an der Rechtshängigkeit, allein eine solche vorausgesetzt, ist der Vergleich, der nicht behufs Beilegung des Rechtsstreits, sondern etwa nur zur einstweiligen Regelung oder zur Er-

[1]) Folge, dass der Vollstreckbarkeit derartiger PVe. nach § 702 Ziff. 1, soweit sich solche ermöglichen lässt, nichts im Wege steht.

ledigung nicht im Prozess befangener Ansprüche geschlossen wurde, nicht als PV. zu qualifiziren. Andrerseits wird es nicht schwer, Fälle aufzuzählen, in denen wenigstens bei einer weiten Fassung des Begriffs von einem Rechtsstreit gesprochen werden kann, während es andrerseits am Moment der Klagserhebung mangelt. So wird man in gewissem Sinne das Forderungspfändungsgesuch (§§ 729, 730 CPO.) hieher rechnen dürfen:[1]) Wenn der vor der Ueberweisung gehörte Schuldner[2]) (§ 735 l. c.) widerspricht, oder Anträge etc. nach § 685 stellt, oder endlich gegen eine hierauf erfolgende Entscheidung (§ 684 III l. c.) das Rechtsmittel des § 701 einlegt, und in irgend einem von diesen Abschnitten die beiden Gegner sich vergleichen, so ist diesem Vergleich die Qualität als PV. nicht zuzusprechen. Oder man nehme einen Vergleich, der auf Einwendungen nach §§ 668, 685 zu Stande kam, soferne es sich um Zwangsvollstreckung aus Urkunden nach § 702 Ziff. 5 handelte. Oder man denke endlich an einen Streit über ein Arrestgesuch bezw. einen Arrestbefehl (§§ 801, 802, 804, 805 a. a. O.), welcher, bevor das Gericht Endurtheil (§§ 802, 805) erlässt, durch Vergleich beigelegt wird.

Was das Gesetz mit der „Beilegung des Rechtsstreits seinem ganzen Umfang nach" bezeichnen wollte, ist leicht zu erkennen. Kontroversen knüpfen sich hieran nur, insoferne diese Worte als bestimmend für die Wirkungen des PV. erklärt werden.[3]) Im Uebrigen aber ist man einig, dass gefordert werden will eine friedliche Beendigung des Prozesses unter Vermeidung richterlicher Entscheidung. Zweifelhafter könnte sein, was unter „Theil des Streitgegenstandes" zu verstehen wäre. Uebrigens herrscht in Auslegung der Stelle keine Verschiedenheit. So wird erklärt, der Fall sei gegeben, wenn man „bei mehrfachen Ansprüchen über einzelne, oder über einen Theil derselben oder über einen Theil auch nur eines Anspruchs" sich vergleiche.[4])

Nicht hieher gehörig sei indes „der Vergleich über einzelne Streitpunkte, die nicht einen trennbaren Theil des Streitgegenstandes

[1]) So, wenn die Hauptsache nicht anhängig ist.
[2]) Vergl. Seuffert, § 735 Note, von Wilmowski-Levy ebenda.
[3]) Siehe darüber unten S. 33 u. 73.
[4]) Kleiner, § 702 zu Nr. 1.

erledigen".[1]) Es komme füglich auf die „konkret zu beurtheilende natürliche Möglichkeit der Vollstreckbarkeit eines Theilvergleichs" an. Diese letztere Aufstellung Endemann's lässt vermuthen, als habe deren Autor die Anschauung, es müsse je von Fall zu Fall aus der Vollstreckungsmöglichkeit auf das Vorhandensein oder Nichtvorliegen eines PV. rückgeschlossen, also je nach der Aeusserung einer (einzelnen) bestimmten in die Erscheinung tretenden Wirkung die Existenz des Wesens beurtheilt werden. Es wäre das doch nicht anders, als wollte man je nach der Möglichkeit der Erzwingung eines Urtheils im Vollstreckungsverfahren in abstracto (abgesehen vom Vorhandensein geeigneter Objekte) auf die Eigenschaft der betr. Entscheidung als Urtheil schliessen. Hier wie dort entspricht der Text dem Antrag bezw. Anerbieten der Partei und dann, wie viele PVe. mögen zu Stande kommen, die wegen unklarer Fassung nicht vollstreckt werden können.

Im Uebrigen aber ist den Kommentatoren im Wesentlichen beizustimmen. Jeder Prozess zerfällt gegebenen Falls in zwei, wenn auch äusserlich nicht immer scharf getrennte Abschnitte, den einen: die Verhandlung über die Prozessvoraussetzungen, Formalien.[2]) den formellen Anspruch, den anderen: die Verhandlung über das der richterlichen Entscheidung unterbreitete materielle Rechtsverhältniss. Einen PV. lediglich über den erstbezeichneten Stoff des Rechtstreits schliesst das Gesetz aus, indem es Erledigung eines „Theils des Streitgegenstands" verlangt. Immerhin ist nicht ausgeschlossen, dass ein Vergleich der letzteren Art Streitpunkte der ersteren mit umfasse, soweit diese (vgl. oben S. 13 fg.) verzichtbar sind.

„Streitgegenstand" selbst identifizirt die CPO. mit (klageweise) geltend gemachtem materiellen Anspruch und bezeichnet damit das gerichtlich verfolgte subjektive Recht in seiner Begrenzung durch Klagantrag und eventuell Klaggrund.[3]) Hiernach leuchtet allerdings

[1]) Endemann, § 702 Note 1b, ähnlich Kleiner a. a. O., Gaupp, Note 1a.

[2]) Planck, Lehrbuch I S. 443, insbesondere bei Note 4 und überhaupt Bülow in seinen „Prozesseinreden".

[3]) Vergl. Wach, Handbuch I Seite 294, Planck a. a. O. S. 259, der genauer bestimmte Zusatz „in seiner Begrenzung . . . . u. s. w." ist wichtig: man vergl. das bekannte Beispiel der Theilforderung: Ein Darlehen von 1000 ist das der Klage zu Grunde liegende Recht, der „Anspruch", 100 sind eingeklagt, also Streitgegenstand. Ein Vergleich über die 100 wäre PV. Ein immerhin denkbarer Vergleich über die restirenden 900 nicht.

ein, dass von Erledigung eines Theils dieses Streitgegenstands nur dann zu sprechen ist, wenn in der That ein abgrenzbarer und abgegrenzter Theil des geltend gemachten Anspruchs durch gütliche Vereinbarung ausser Streit gesetzt ist. Im Wesentlichen werden diese Fälle sich decken mit denjenigen, in welchen der Richter durch § 273 CPO. ermächtigt ist, Theilurtheil zu erlassen. Hingegen stehen ausser dem Rahmen des PVs. gütliche Einigungen der Parteien über eines oder einzelne von mehreren Angriffs- und Vertheidigungsmitteln, sowie über einen Zwischenstreit im Sinne des § 275 CPO. Auch eine Einigung über den Grund des Anspruchs (276 lc.) wird man nicht als PV. qualifiziren dürfen wegen der Einheitlichkeit des Begriffs des Streitgegenstandes.

C. Abschluss vor einem deutschen Gericht.

Mit diesem prozessualen Merkmal schliesst die PO. zunächst die vor ausserdeutschen Gerichten zu Stande gekommenen Vergleiche aus.[1]) Positiv aber sind deutsche Gerichte solche, welche innerhalb des durch Art. 1 der Reichsverfassung umgrenzten Gebietes mit Gerichtsgewalt ausgestattet sind.

Ob das Gesetz diese alle habe begreifen wollen, oder ob nicht und dann welche Klassen, darüber herrscht grosse Meinungsverschiedenheit. Einzelne interpretiren wörtlich und sind für die unterschiedslose Zulassung eines jeden deutschen Gerichts, sogar auch der Verwaltungsgerichte (nicht aber der Verwaltungsbehörden);[2]) aus-

[1]) Wach a. a. O., S. 248: Die singuläre Bestimmung des Gesetzes vom 10. Juli 1879, die Consulargerichtsbarkeit betr., welches in § 14 den vor Consulargerichten vereinbarten Vergleichen Vollstreckbarkeitsfähigkeit beilegt, darf auch nur als solche beurtheilt werden.

[2]) So Endemann, Bem. zu § 702. Hellmann, Lehrbuch S. 814, Kom. a. a. O., Ziff. 1. Es sei nur kurz auf die Schwierigkeiten hingewiesen, welche sich bei dieser ausdehnenden Auslegung für alle Bundesstaaten ergeben würden, in welchen die Ausbildung der Verwaltungsgerichte noch nicht durch sämmtliche Instanzen fortgeschritten ist. So wäre z. B. in Bayern nach dem Gesetz vom 8. August 1878 Abschluss von PV. in Verwaltungsrechtssachen in I. Instanz (vor der Verwaltungsbehörde) unzulässig, dagegen in II. und III. Instanz zuzulassen; auf weitere Schwierigkeiten in dieser Richtung verweist Gaupp § 702 Note 1a und insbes. Note 5. Vor jedem deutschen Gericht wollen PV. zulassen auch Planck I a. a. O., S. 306, Kleiner zu § 702 Note 1, Struckmann-Koch dortselbst Note 1.

genommen sollen lediglich die Schiedsgerichte sein, weil diese Gerichte im Sinne des Gesetzes nicht genannt werden dürften (§ 15 GVG.).

Andere verstehen unter „deutsche Gerichte" nur die ordentlichen (§ 12 GVG.), nicht dagegen die Sondergerichte (§§ 13, 14 GVG.).[1])

Die Ansichten werden mit den verschiedenartigsten Gründen motivirt: so wird hingewiesen auf die beschränkte Anwendung der CPO. zufolge § 3 EG. z. CPO., auf die „Erhebung der Klage" in § 702 Ziff. 1, welche Voraussetzung sich an dieser Stelle doch nur nach den Vorschriften der CPO. bestimmen lassen dürfe, u. s. w. Andererseits wird die nicht widersprochene Aeusserung des Regierungsvertreters in der Reichstagskommission: „unter einem deutschen Gerichte sei jedes deutsche Gericht zu verstehen" citirt, die nun allerdings, wie entgegnet wird, lediglich den Gegensatz zwischen Prozessgericht und sonstigem ordentlichen Gericht im Auge gehabt haben kann.

Gegen die Berufung auf § 3 EG. wird vor allem polemisirt von Hellmann, Kommentar a. a. O. Allein hiegegen dürfte zu bemerken sein, dass Abs. 2 l. c. eine positive Bestimmung bezüglich des Verfahrens vor besonderen zugelassenen Gerichten nicht enthält, die Regelung desselben also aus dem Gebiet der CPO. ver- und der Landesgesetzgebung zuweist, während Abs. 1 die allerdings positive Bestimmung ausspricht, dass die CPO. vor den ordentlichen Gerichten als Verfahrensregel zu gelten habe. Wenn also die CPO. bezüglich der vor Gerichten abgeschlossenen Vergleiche eine Norm aufstellt, so liegt nahe, diese als blos für die vor ordentlichen Gerichten abgeschlossenen massgebend zu erachten.

Uebrigens ist bezüglich der reichsrechtlich zugelassenen Sondergerichte eine ziemliche Manigfaltigkeit der Fälle denkbar: Die Landesgesetzgebung kann für dieselben die Bestimmungen der CPO. als Verfahrensnorm, sie kann ferner ein besonderes Verfahren festgesetzt haben, unter Einfügung einer dem § 702 Ziff. 1 analogen Anordnung, sie kann endlich auch von der Befugniss des § 3 a. a. O. Gebrauch gemacht haben unter Festsetzung des regelmässigen oder eines abweichenden Verfahrens. Die (vorausgesetzte) Befugniss des

[1]) So v. Sarwey § 702 Note 2b, Gaupp dortselbst Note 1a, Petersen ebenda, Ziff. II 1, Seuffert desgl., Note 1, von Wilmowski-Levy desgl., Note 2.

Gerichts — selbstverständlich kann dieselbe auch für einzelne Sondergerichte ausgeschlossen sein[1]) — beim Abschluss von PVen. mitzuwirken, beruht hier auf Landesgesetzgebung, wobei fraglich sein kann, inwieweit hieher die ausdrückliche Ermächtigung des § 706 CPO. einschlägt; hat aber das Landesgesetz von der Befugniss, ein Sondergericht einzusetzen, keinen Gebrauch gemacht, so gehört der Rechtsstreit vor das ordentliche Gericht, sofern er ein bürgerlicher ist (§ 13 GVG.) und in diesem Fall gilt § 702 Ziff. 1 unmittelbar kraft Reichsrechts.[2]) Die vor reichsgesetzlich bestelltem Sondergerichte abgeschlossenen Vergleiche sind nach dem jeweils für sie angeordneten Verfahren zu beurtheilen; vgl. bezüglich der Consulargerichte Gesetz vom 10. Juli 1879 a. a. O., bezw. Gewerbegerichte Gesetz vom 29. Juli 1890 § 73 u. s. w.[3])

Die Begründung der hier vertretenen Ansicht kann, da vorläufig die prozessuale Grundlage des PV. als Prämisse gesetzt ist, erst mit dem dogmatischen Theil der Ausführung erfolgen; wer übrigens in dem PV. mehr erblickt, als blos civilrechtliches pactum, wer demselben in gleicher Weise Existenzberechtigung im Civilprozessrecht zuerkennt, wie anderen Prozessinstituten, kann, gestützt auf den mehrallegirten § 3 EG. z. CPO. dem von der CPO. normirten PV. auch blos vor ordentlichen Gerichten Berechtigung zuerkennen.

So streitig die bisher angedeuteten Fragen sind, so sehr herrscht Einigkeit darüber, dass PV. möglich ist nicht nur vor dem Prozessgericht, sondern auch vor dem ersuchten und beauftragten Richter, ja sogar vor jedem anderen deutschen Gericht: vor dem Richtercommissär oder dem iudex requisitus, da diese ihre Amtsgewalt üben in Vertretung, im Namen des Prozessgerichts, da das Verfahren nur ein Bestandtheil des vor dem Prozessgericht laufenden. Dass der ersuchte Richter kraft eigener, der beauftragte dagegen kraft der ihm vom Prozessgericht übertragenen Amtsgewalt handelt,[4]) begründet nach dem Gesetz auch dann keinen Unterschied, wenn PV. über einen Theil des Streitgegenstandes abgeschlossen wird, der

[1]) Planck a. a. O., S. 306.

[2]) A. M. von Wilmowski-Levy, Note 1 zu § 14 GVG.

[3]) Ueber die Gerichte in den deutschen Schutzgebieten s. von Wilmowski-Levy, § 13 GVG. Note 1 a.

[4]) Wach a. a. O., S. 330 u. 514.

durch das Ersuchen oder den Auftrag nicht vor das Forum des Richters gebracht war, oder wenn die Entgegennahme der Vergleichserklärungen über den vor ihn gebrachten Theil des Streitstoffes nicht innerhalb des Ersuchens oder Auftrags liegt. PV. soll aber überdiess giltig abgeschlossen werden dürfen endlich auch vor jedem deutschen Gericht. Diese umfangreiche Ermächtigung erklären die Motive a. a. O. lediglich mit dem Zweck, den der Gesetzgeber durch eine hiedurch bedingte möglichste Erleichterung der Vergleiche zu erreichen gedachte.

Die Begründung mag genügend erscheinen für den Verfasser der Motive, der im PV. nur die civilrechtliche Seite erkennt. Andere erklären, es gelte hier jedes andere Gericht als zu diesem Behufe ersuchtes.[1]) Wenn gleich auch dieser Versuch einer Erklärung wenig befriedigen mag, es wird schwer halten, sofern man es sich nicht anders an der lex ita scripta genügen lassen will, eine andere zu finden.

D. Inhalt, Form und Funktionen.

I Bestimmungen über den Inhalt der prozessualen Vergleichserklärung gab das Gesetz sowenig, als über den Inhalt der Verzichts- oder der Anerkenntnisserklärung; es wäre damit wohl in die Lage gekommen, zu den Lehrmeinungen offen Stellung nehmen zu müssen. Eben desshalb bezieht sich nicht hierauf, sondern zumeist auf den Inhalt des materiellen Vergleichsvertrags, was von den Kommentatoren im Anschluss an den in § 702 Ziff. 1 CPO. ausgesprochenen Zweck des Vergleiches ausgeführt wird.[2])

Dass das Gesetz selbst aber über letzteren nichts weiter verfügt, findet in seinem Bestreben, in das Civilrecht blos nöthigenfalls einzugreifen, hinlängliche Rechtfertigung.

Die Zulässigkeit des Hereinziehens anderer, ausserhalb des Rechtsstreits liegender Punkte in das Uebereinkommen wird wohl von keiner Seite bestritten, hingegen wird mehrfach eine Beziehung der-

[1]) Planck a. a. O., S. 306, von Wilmowski-Levy, 5. Auflage § 705 Note 2.
[2]) Vgl. Gaupp dortselbst, Note I 1b, 1. Abs., von Sarwey desgl., Note 2a, Petersen desgl., Ziff. II 1, Hellmann desgl., Note 1 u. A.

selben auf den Rechtsstreit verlangt.[1]) Nicht sowohl diese aber scheint erforderlich, als vielmehr eine Beziehung zu dem durch die Beilegung eines Theils des Streitgegenstandes oder des Rechtsstreits ausgesprochenen Vergleichswillen der Parteien. Insofern weitere in den Vergleich aufgenommene Punkte ihre Regelung darin gefunden haben, damit oder weil der Rechtsstreit friedlich beendigt wurde, erscheint kein Anlass gegeben, dieselben aus dem Vergleichsvertrag zu weisen.

II. Eine Formvorschrift bezüglich des PV. findet sich in § 146 Ziff. 1 CPO. Die Prozessordnung spricht auch hier wieder nur von „Vergleichen". Die nicht völlige Uebereinstimmung des näher bestimmenden Zusatzes hier und in § 702 Ziff. 1 erfordert einige Bemerkungen. Dass mit „ganzer oder theilweiser Erledigung des geltend gemachten Anspruchs" das nämliche gesagt werden wollte, wie mit „Beilegung des Rechsstreits seinem ganzen Umfang nach oder in Betreff eines Theiles des Streitgegenstandes" — hier ausdrücklich und dort implicite („durch welche . .") als Zweck des PV. angegeben — bedarf keiner weiteren Worte. Sollten Zweifel entstehen mit Rücksicht darauf, dass zu dem seinem ganzen Umfange nach beigelegten Rechtsstreit nothwendig auch eine Einigung über den Kostenpunkt gehört, während dies für Erledigung des geltend gemachten — materiellen — Anspruchs nicht begrifflich erforderlich sei, so hilft die subsidiäre Bestimmung des § 93 die Differenz beseitigen.

Das Moment der Klagserhebung ausdrücklich hervorzuheben, glaubte der Gesetzgeber unterlassen zu dürfen wegen der Nebeneinanderstellung von V. mit Anerkenntniss und Verzichtleistung. Soweit letztere beide in der CPO. normirt sind, geschah dies in dem Abschnitt über das Urtheil; nun setzt allerdings Urtheil nicht sowohl Klagserhebung, als obligatorische mündliche Verhandlung voraus; deren Voraussetzung bildet aber erhobene Klage. Es ist somit der Schluss berechtigt, der Gesetzgeber habe dieses Erforderniss stillschweigend auch für den PV. aufstellen wollen. Dass übrigens eine schärfere Terminologie jeden Zweifel hätte ausschliessen können, soll

[1]) So Gaupp a. a. O., von Sarwey a. a. O.

nicht verkannt werden. Die Vorschriften über das Protokoll gelten wie die der CPO. überhaupt blos für die ordentlichen Gerichte (§ 3 EG. z. CPO.); es erschien infolgedessen auch in dieser Hinsicht ein weiterer Zusatz nicht als unumgänglich nothwendig.

Die Bedeutung des Erfordernisses der Schriftlichkeit — Aufnahme des PV. in das Protokoll oder als Anlage zu demselben (§ 146 III CPO.) — kann eine mehrfache sein: Sie kann die Giltigkeit des PV. bedingen, dann wäre das Moment der Schriftlichkeit als Wesentliches mitaufzunehmen, sie kann weiterhin massgebend sein für die Beweisfrage, sie kann endlich aufgehen in der Zwangsvollstreckungsfunktion des PV.

Würde das Gesetz in der That die Gültigkeit des PV. an die schriftliche Fertigung gebunden haben, so hätte es, insoweit derselbe prozessuale Erklärung an das Gericht ist, hiemit das Prinzip der Mündlichkeit durchbrochen, das in gleicher Weise verletzt erscheint, ob die schriftliche Niederlegung Seitens der Parteien oder des Gerichts zu erfolgen hätte. Mit Rücksicht auf die civilrechtliche Vertragsseite würde die Vorschrift einen Eingriff in die civilrechtlich sanktionirte Formlosigkeit der Verträge darstellen, der eines zwingenden Grundes entbehrte. Ausser solchen prinzipiellen Bedenken spricht gegen diese Auffassung die Ziff. 1 § 702, welche andernfalls eine ausdrückliche Erwähnung dieses Moments nicht hätte ausser Acht lassen dürfen und endlich der Wortlaut der besprochenen Stelle: „ . . . sind festzustellen.“ Feststellen deutet hin auf Fixirung der bereits vollwirksam abgegebenen Willenserklärung, mit einem unverkennbaren Hinweis auf Sicherstellung gegenüber allenfallsigen späteren Zweifeln, vgl. die übereinstimmende Terminologie in §§ 270 Abs. 1 u. 2; 315 Abs. 1; 316 Abs. 1; 470 Abs. 1 u. 2 u. s. w. und damit §§ 269 Abs. 2 u. 354 Abs. 1.

Dass die Protokollirung übrigens für die Lösung der Beweisfrage gleichfalls nicht bedingend ist, ergibt arg. e contrario aus § 150. Die damit für zulässig erklärten anderen Beweismittel (Zeugniss des Richters etc., allenfalls Erwähnung im Urtheil, das über den nicht erledigten Theil des Prozesses ergangen § 284 Ziff 3 l. c.) werden allerdings in den meisten Fällen versagen. Allein es bleibt den Parteien von vornherein unbenommen, sich auf dieselben zu berufen

(vgl. Reichsgericht S. d. E. X 366). Ergibt sich hiernach das Resultat, dass sich die schriftliche Abfassung des PV. strikte genommen allerdings in ihrer Bedeutung für die Zwangsvollstreckung erschöpfe, sowie dass der Vorschrift des § 146 Ziff. 1 grösseres Gewicht als das einer noch dazu entbehrlichen instruktionellen Anweisung nicht beizulegen ist.

Zufolge § 703 CPO. finden nämlich auf die Vollstreckungstitel des § 702 in der Regel die Bestimmungen der §§ 662—701 entsprechende Anwendung. § 662 Abs. 1. der uneingeschränkt auch für PVe. gilt, lässt Zwangsvollstreckung nur zu auf Grund einer vollstreckbaren Ausfertigung des Urtheils. Nachdem nun der Richter a priori aus jedem PV. Einleitung der Zwangsvollstreckung gewärtigen muss, wird ihm die allenfalls zu ertheilende vollstreckbare Ausfertigung immer Anlass zu einer vorherigen schriftlichen Fertigung des Titels sein.

Die Bedeutung des PV. für die Zwangsvollstreckung hat einige Kommentatoren veranlasst, für die Formulirung der V.-Stipulation im Protokoll aus dem Gesetz Vorschriften herauszulesen: so fordert von Sarwey (§ 702 l. c. Note 2), es müsse sich deutlich ergeben, dass ein Rechtsstreit uud in welchem Umfang er beigelegt werden wolle, es müssten ferner die im Vergleich in Beziehung auf den Rechtsstreit geregelten Leistungen genau als solche erkennbar gemacht werden u. s. w. Ferner verlangt Kleiner (zu § 702 l. c.), dass der Amtsrichter bei Aufnahme des V. bemerke, dass die Klage mündlich vorgetragen sei, und weiter, dass auch in den Fällen des § 230 eine Konstatirung bezüglich der Klageerhebung veranlasst werde, um allenfallsigen späteren Einwendungen hinsichtlich bei der Klageerhebung auszusetzender Mängel, welche Entstehung der Rechtshängigkeit verhindert hätten, zu begegnen. Gegen letzteren ist zu bemerken, dass, so sehr derartige Feststellungen im Protokoll an sich innerhalb der Befugnisse des Amtsrichters liegen (§ 470 Abs. 1 l. c.), eine Nothwendigkeit hiezu im Gesetz unmittelbar nicht begründet erscheint; in letzterem Fall insbesondere sichert die singuläre Bestimmung des § 471 vor derartigen Einwendungen; im Uebrigen aber bildet die Präklusionsvorschrift in § 267 eine wirksame Schranke. Im Falle des Abs. 2 besteht für den Richter, sofern die verletzte Vorschrift Rechtshängigkeit nicht zu Stande kommen liess, keinerlei Verpflichtung, den V. protokolliren zu lassen. Falls er sich aber doch hiezu

entschliesst, wird allerdings ein Vermerk, der diesen V. vom PV. genügend unterscheidet, erforderlich sein, um den Parteien nicht Gelegenheit zu missbräuchlicher Verwendung zu geben.

Dass allerdings im Uebrigen das Protokoll als Vollstreckungstitel den Anforderungen in Bezug auf exacte Feststellung von Berechtigung und Verpflichtung, die an einen solchen zu stellen sind, genüge, ist ein ebenso zu rechtfertigendes Verlangen, als das einer deutlichen Hervorhebung der nicht in Beziehung zum Rechtsstreit und damit zum PV. stehenden, aber doch im Vertrag geregelten Punkte.

III. Unter den Funktionen des PV. ist die augenfälligste die Qualifizirung als Zwangsvollstreckungstitel, welche ihm die CPO. zu Theil werden lässt. Ueber die Anwendung der Bestimmungen über Zwangsvollstreckung, welche § 703, soweit sie in §§ 662—701 enthalten sind, „entsprechend“ anordnet, weiter über den Umfang, in welchem § 705 modifizirend wirke, herrscht Widerstreit der Meinungen.

Darüber wird man zwar einig sein, dass, wenn im Falle der unterlassenen schriftlichen Protokollirung des PV. der Gerichtsschreiber (§ 662) genöthigt ist, die Ertheilung der vollstreckbaren Ausfertigung zu verweigern, der nachsuchenden Partei das Mittel des § 539 Abs. 1 — Gesuch um gerichtliche Entscheidung — und eventuell sofortige Beschwerde (§§ 539 Abs 2 und 701) zustehen.[1]) Der Erfolg hängt von Erledigung der Beweisfrage ab. Indess knüpft hier bereits an die Competenzfrage eine Controverse an. Wendet man § 705 auch auf PVe. an,[2]) so ist zuständig zur Ertheilung der Ausfertigung der

[1]) von Wilmowski-Levy, § 662 Note 1 mit 3.

[2]) So im Gegensatz zu Seuffert, zu § 705 Note 1, von Wilmowski-Levy dorts., Note 2, Gaupp desgl., Anm. I. Petersen desgl., Anm. 3, 5, welche die Anwendbarkeit des § 705 auf § 702 Ziff. 5 beschränken wollen: Hellmann, Kom. zu § 705 Note 1, Kleiner III S. 106, Struckmann-Koch zu § 705 Note 1, 4, v. Sarwey desgl., Note 1, ferner Kohler im Archiv für civ. Praxis LXXII S. 18 fg., endlich RG. S. d. E. XXI S 345. E. vom 6. März 1888. Einen warmen Vertheidiger hat die letztere Ansicht gefunden in Eccius, Gruchots Beiträge z. E. d. R, Bd. XXVII S. 478 fg. u. XXVIII S. 273 fg. Gegen dieselbe werden im Wesentlichen folgende Gründe angeführt: 1) Die Ausdrucksweise des Gesetzes, welche, in § 702 zwischen Vergleichen (Ziff. 1) und Urkunden Ziff. 5, unter-

Gerichtsschreiber des Gerichts, welches den PV. aufgenommen hat, andernfalls der des Prozessgerichts. In dem angenommenen Fall

scheidend, in § 705 Abs. 1 u. 2 eine ausdrückliche Erwähnung der Ersteren erfordert hätte — von den Vergleichen des § 702 Ziff. 2 wird wie bisher auch hier abgesehen —. 2 Der Parallelismus in §§ 702 Ziff. 5 und 705 Abs. 1 u. 2: gerichtliche und notarielle Urkunden. 3 die Motive, welche (S. 420 bemerken, dass die Nothwendigkeit einer Zuständigkeitsbestimmung für die Urkunden, rücksichtlich deren es an einem Prozessgericht mangele, zu der Einfügung des § cit. geführt habe. Der PV. setzt aber immer ein Prozessgericht voraus. Die Bemerkung Kleiners a. a. O., S. 106 gegen diese Motivirung erscheint nicht stichhaltig. Abs. 1 des § 662 will doch K. jedenfalls auch für PVe. gelten lassen, trotzdem derselbe ausdrücklich nur von Urtheilen spricht.

Rücksichten der Zweckmässigkeit, besagen die Mot. (S. 420 weiter, hätten zu den Kompetenzbestimmungen in § 705 geführt. Gerade solche aber — abgesehen von dem gewiss unanfechtbaren Beweggrund, dass PVe. auch unter die „gerichtlichen Urkunden" zu subsumiren seien — so sicher, als die Urtheile — gaben dem RG. Anlass zu der alleg. Entscheidung. Bei Würdigung derartiger Utilitätsrücksichten werden gewöhnlich bloss die Fälle unterlegt, in denen das Vollstreckungsverfahren sich friedlich abwickelt. Man setze aber z. B. den Fall: A sei Prozessgericht (als ausschliesslicher Gerichtsstand) vor dem Gericht B sei PV. abgeschlossen worden, dessen Gerichtsschreiber habe nach § 705, vollstreckbare Ausfertigung ertheilt. Nun werden Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel (Abs. 3 a. a. O.) erhoben, etwa gegründet auf Anfechtung des Nachweises der eingetretenen Rechtsnachfolge, der bedingenden Thatsache; zugleich bestreitet Schuldner materiell die Rechtsnachfolge oder die Erfüllung der Bedingung auf klägerischer Seite; dadurch werden B u. C mit der Sache befasst, während das Prozessgericht unthätig bleiben muss. Ebenso steht es im gegebenen Fall, wenn Einwendungen der bezeichneten Art mit Einwendungen, die den Anspruch selbst betreffen, konkurriren.

Diese Unzuträglichkeiten, die überall da fühlbar werden, wo die doppelte Kompetenz in Abs. 1 und 5 durch den Fall angeregt wird, lassen sich durch entsprechende Anwendung der §§ 668, 686, 687 vermeiden.

Eccius a. a. O. verweist hingegen auf die Schwierigkeiten, die sich in den gedachten Fällen für das Prozessgericht, von dem Ertheilung der Vollstreckungsklausel gefordert wird, ergeben könnten. Mit Recht entgegnet Gaupp a. a. O., dass dieselben verschwänden, wenn man daran festhalte, dass das Vergleichsgericht dem Prozessgericht die Verhandlung über den PV. einzusenden habe. Eine derartige Verpflichtung sei aus der Analogie des ersuchten Richters abzuleiten, bei dem die Einsendung der Akten zur Erledigung des Ersuchens gehöre — positive Vorschrift in § 327 CPO! Der Versuch einer prozessualen Konstruktion muss an dieser Verpflichtung unbedingt festhalten.

Einen anderen Angriffspunkt wählt Eccius a. a. O. in Bd. XXVIII S. 275, indem er sich gegen die von der anderen Seite mit dem Begriff der „Ausfertigung" versuchte Argumentation wendet. Ausfertigung sei ein gerade bei der Behörde, bei welcher ein amtlicher Akt stattgefunden hat, in feierlicher

würde bei strikter Auslegung des § 705 Abs. 1 sich eine Lücke ergeben; wollte man aber dahin interpretiren, dass der Gerichtsschreiber des Gerichts, vor dem der PV. zu Stande gekommen ist, um nichts weniger zuständig für die Ertheilung der Vollstreckungsklausel bleibe, so würden sich doch die weiteren Schwierigkeiten, welche anschliessend an § 539 im Falle Nachsuchens (prozess- !) gerichtlicher Entscheidung entstehen, einer befriedigenden Lösung entgegenstellen. Richtiger

Form ausgestelltes Zeugniss, dass der Akt von eben dieser Behörde ausgegangen sei: arg. e contr. §§ 288. 669. Diese Beweisführung verliert an Kraft durch einen Hinweis auf § 271, wo die Zusammenstellung von Prozessakten mit Ausfertigungen u. s. w. mit Entschiedenheit auf das Prozessgericht hindeutet (vgl. Seuffert a. a. O. Note 1). Dies wird umsomehr zugegeben werden müssen, wenn man, wie E. in der Protokollirung des PV. insbesondere vor einem anderen deutschen Gerichte lediglich einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit erblickt. Uebrigens ist auch die von E. gegebene Bestimmung des Begriffs der Ausfertigung nicht unanfechtbar. Die Thätigkeit, welche der Gerichtsschreiber in Ertheilung der vollstreckbaren Ausfertigung ausübt, findet ein Analogon in gewissen Fällen an dem Erlass des Vollstreckungsurtheils (§§ 660, 661). Wie dort der Gerichtsschreiber, so hat hier das Gericht zu prüfen, ob aus dem ausländischen Urtheil Zwangsvollstreckung zulässig sei (§§ 664. 665) mit dem Unterschied, dass der Natur der Sache nach sich das Prüfungsrecht des Gerichts auch auf die Frage erstreckt, ob das Urtheil in der That sich darstelle als das eines mit Jurisdiktionsgewalt ausgestatteten ausländischen Gerichts (von Wilmowski-Levy § 661 Note 1), ein Moment, das bei inländischen Urtheilen von vornherein klar gestellt ist. Hier wie dort ist die Prüfung in der Hauptsache auf formelle Punkte beschränkt. Erlässt nun aber das Gericht Vollstreckungsurtheil, so bezeugt das nicht, dass das fragliche Urtheil von dem Gericht X erlassen sei, sondern dass letzteres das betreffende als zu Recht bestehend und als vollstreckungsfähig anerkannte Urtheil erlassen habe.

Eccius weist endlich darauf hin, dass dem Gesetz ein innerer Widerspruch imputirt werde, wenn man für einen PV., der zugleich executorische Urkunde im Sinne der Ziffer 5 a. a. O. sei, formell und materiell verschiedene Behandlung als in seiner Intention gelegen annehme. Der Einwand, der dagegen erhoben wurde, die Schlussklausel, nach Ziff. 5, mache den PV. noch nicht zu einer Urkunde im Sinne derselben, kann allerdings als richtig nicht anerkannt werden; warum soll der PV. soweit er civilrechtliches Uebereinkommen ist, hiezu nicht befähigt sein? Anders steht es mit der Geltendmachung von Rechten aus dem PV. Aus seiner Doppelnatur ergibt sich, dass solche nur in der Weise geltend gemacht werden dürfen, dass eine Kollision nach keiner Seite entsteht. Eine solche würde sich aber ergeben, wenn lediglich die aus seiner Vertragsnatur entspringenden Befugnisse nach Massgabe derselben verfolgt würden. Der nur nach letzterem Gesichtspunkt in der Vollstreckungsinstanz entscheidende Richter etc. würde, insoweit die prozessuale Qualität den PV. anderer Kompetenz unterwirft, eine Ueberschreitung seiner eigenen sich zu Schulden kommen lassen.

Ansicht nach wird deshalb die Anwendbarkeit des § 705 und zwar zunächst der Absätze 1 mit 3 und 5 beschränkt auf die Titel des § 702 Ziff. 5. Es ergeben sich hiernach für eine kurze Skizzirung der verschiedenen Phasen in der Zwangsvollstreckung aus einem PV. folgende erwähnenswerthe Momente: die Ertheilung der vollstreckbaren Ausfertigung erfolgt in Gemässheit des § 662II durch den Gerichtsschreiber des Prozessgerichts der jeweiligen Instanz unter Beobachtung der §§ 664, 665. Allenfallsige vom Schuldner gegen deren Zulässigkeit erhobene Einwendungen hat das Prozessgericht zu verbescheiden (§§ 668, 662II, eventl. Beschwerde nach § 701).

Die nach § 687 etwa zu Gebote stehende Klage unterliegt keinerlei Besonderheiten. Ingleichem regelt sich einfach ein allenfallsiger Prozess über den durch den PV. festgestellten (materiellen) Anspruch nach begonnener und vor durchgeführter Vollstreckung nach Massgabe des § 686. Allseitig wird anerkannt, dass hiedurch weder für diesen Abschnitt des Rechtsstreites noch ausserhalb desselben, demnach für den Zeitraum von PV.-Abschluss bis zum Beginn des Vollstreckungsverfahrens oder nach dessen Beendigung der nach den jeweiligen civilrechtlichen und prozessualen Vorschriften zu gestaltenden Verfolgung allenfalls zustehender Klagerechte Seitens des Schuldners, oder auch des Gläubigers, in irgend einer Weise vorgegriffen werden wollte. In der Vertragsnatur des PV. findet diese Thatsache ihre einfache Erklärung.[1]) Letztere Hervorhebung erscheint vor Allem desshalb angezeigt, weil sie geeignet ist, einen Einwand, der von den Vertretern der „Urkunden"-theorie gegen den Ausschluss des § 705 und damit insonderheit des Abs. 4 desselben vom Bereich der PVe. erhoben wird, auf das richtige Maass von Bedeutung zu reduziren. Die Nichtanwendbarkeit des Abs. 4 a. a. O., d. h. also die Zulassung von Einwendungen auf dem Klagewege nur insoweit, als deren Gründe nicht schon vor Schluss der durch PV. zu Ende geführten mündlichen Verhandlung vorgebracht werden konnten, soll den PV. derart unanfechtbar machen, dass die Durchführung der einmal begonnenen Zwangsvollstreckung auch aus einem unter irrthümlichen Voraussetzungen abgeschlossenen oder betrügerisch erschlichenen PV. gegen

[1]) Seuffert § 686 Note 1 u. 2, von Wilmowski-Levy dortselbst, Note 1, Gaupp ebenda, I

den Schuldner für diesen schlechthin unabwendbar wäre. Hierin läge allerdings eine Benachtheiligung der schuldnerischen Seite, die zwingend genug für eine Bekehrung im Sinne der gegentheiligen Theorie wirken könnte. Allein auch durch Zulassung einer Klage nach § 686 mit § 705 Abs. 4 würde der PV. nicht aus der Welt geschafft,[1]) es würde vielmehr blos Einstellung der ZV. und Aufhebung der Vollstreckungsmassregeln erzielt werden können und andrerseits gibt das Gesetz in § 668 Abs. 1 und 2 dem Schuldner immerhin die Möglichkeit, eine einstweilige Anordnung auf einstweilige Einstellung der ZV. zu erlangen. Cfr. § 687 in fine. Uebrigens sei auch an den Fall des Urtheils, bezüglich dessen die Rechtsmittelfrist verstrichen ist, erinnert. Ebenso wie der Vergleich, so kann auch das Urtheil auf dolose Behauptungen des Gegners, die irrthümlicher Weise zugestanden wurden, gegründet sein. Hier ist es stillschweigender, dort ausdrücklicher, wenngleich irrig gefasster Wille der Parteien, dass das neu geregelte Rechtsverhältniss zwischen denselben verwirklicht werde.

Eine weitere Funktion des PV. ist sehr bestritten: die Beendigung des Prozesses. Für dieselbe tritt aus verschiedenen Gründen ein vor Allem Wach,[2]) gegen dieselbe erklärt sich ausdrücklich Eccius.[3]) Soweit dieselbe aus seinem Wesen abgeleitet werden will, muss einstweilen auf später verwiesen werden. Die Entwickelung des prozessualen Verzichts führt allerdings zu diesem Resultat. Hingegen wird die Ausdrucksweise des Gesetzes, welches in §§ 77, 79, 268, 271, 93, 146 von „Beilegung, Erledigung, Beseitigung" des Rechtsstreits u. s. w. durch Vergleich spricht, sowohl von den Vertretern der einen, wie der anderen Meinung als Stützpunkt benützt.[4]) Endlich verweist Wach noch auf die Vollstreckbarkeit des PV., wogegen von der anderen Seite die Urkunden des § 702 Ziff. 5 herangezogen werden, bei denen von einer prozessbeendigenden Wirkung selbst-

---

[1]) A. M. mit Unrecht von Sarwey II, S. 145.

[2]) Handbuch I, S. 577 u. bei Gruchot Bd. XXX S. 790, so auch von Wilmowski-Levy, § 146 Note 3.

[3]) Bei Gruchot Bd. XXX S. 466; vergl. auch Göttinger Inauguraldissertation von Hch. Jünger: Prozessvollmacht und Legitimation zum Abschluss eines Vergleichs, Neuwied 1890.

[4]) Vergl. insbes. Jünger a. a. O. S. 22 fg.

verständlich nicht gesprochen werden könne. Für die von Wach vertretene Anschauung spricht aber vor Allem der Umstand, dass während die CPO. in §§ 277, 278 im Anschluss an Verzicht und Anerkenntniss ausdrückliche richterliche Entscheidung zulässt, eine derartige Bestimmung, welche auf eine Fortdauer der Rechtshängigkeit schliessen lassen könnte, hinsichtlich des PV. fehlt.

II. Structur des Prozessvergleiches.

I. Prämisse und Theorien.

Die Theorie weist den Rechtsinstituten des Verzichts, der Anerkennung und des Vergleichs, genauer Prozessvergleichs, im System des Prozesses ein und denselben Platz an und lässt ihnen parallele Behandlung zukommen. Es wird hiemit die Vermuthung nahegelegt, als ob dem eine gleichmässige Behandlung im Prozessgesetz entspräche. Dieselbe erweist sich als irrig.

Während im Falle klägerischen Verzichts oder beklagtischen Anerkenntnisses, sofern durch dieselben der Streitstoff in seiner Totalität oder in einem bestimmten Theil der richterlichen Entscheidung entzogen wird, die jeweils gegnerische Partei ermächtigt ist, entsprechende deklaratorische Sentenz zu erlangen (§§ 277, 278 CPO.), versagt dasselbe ein gleiches Prozessrecht den sich vergleichenden Parteien, präciser gesprochen derjenigen Partei, welche mit Rücksicht auf gegnerische Verzichts- oder Anerkennungserklärung PV. abgeschlossen hat.[1]) Dass derartige Parteierklärungen Bestandtheile von PVen. bilden können, wird begründeter Weise nicht bezweifelt werden können. Und weiter: während der klägerische Verzicht oder die beklagtische confessio nicht geeigenschaftet sind, Vollstreckungstitel zu werden, wird umgekehrt dem PV. diese Eigenschaft zugestanden. Auf die aus dieser verschiedenartigen Gestaltung hervorgehenden verschiedenen Wirkungen in Bezug auf den Fortgang

[1]) Eine ausdrückliche Bestimmung in dieser Richtung wird dadurch überflüssig, dass „Beilegung des Rechts*streits*“ als intendirte Voraussetzung wie als Funktion des PV. bezeichnet wird. Nach beigelegtem Rechtsstreit ist für richterliche Entscheidung kein Raum mehr.

und bezw. die Beendigung des Prozesses, auf die verschiedene Regelung der Kostenfrage braucht hier blos andeutungsweise hingewiesen zu werden.

Das Gesetz selbst bekennt sich ausdrücklich nicht zu einer bestimmten Vergleichstheorie. Eine oben angeführte Aeusserung der Motive wurde schon an jener Stelle nicht als massgebend bezeichnet. Umsomehr muss die Berechtigung zustehen, an den Konsequenzen, zu welchen die aufgestellten Meinungen bei Beantwortung prinzipieller oder im einzelnen sich ergebender Fragen führen, die Richtigkeit derselben zu prüfen.

1) Am meisten Anklang hat die privatrechtliche Theorie gefunden, vertreten insbesondere, soweit dieselben überhaupt zu der Frage Stellung nehmen, von den Kommentatoren, welche demgemäss in dem PV. nichts weiter als ein civilrechtliches pactum erblicken: „der Begriff des Vergleichs sei aus dem materiellen Recht zu entnehmen".[1]) Aber auch an anderen Autoren hat diese Anschauung Vertheidiger gewonnen, wie Kohler, Eccius und neuerdings Trutter.[2])

Kohler a. a. O. S. 61 erachtet mit der durch den PV. erfolgten Aufhebung oder rechtsgeschäftlichen Festsetzung des (materiellen) Anspruchs das Urtheil als gegenstandslos oder — in seinem den Anspruch entscheidenden Theil — überflüssig geworden. Insoweit der V. giltig, sei der Prozess erledigt, der civilistisch gültige Vertrag, nicht der formelle Vergleichsabschluss löse den Prozess; bei Ungiltigkeit des ersteren bleibe Prozessrechtsverhältniss bestehen u. s. w.

Gerade die letzte, allerdings nur eine Konsequenz der vorhergehenden Sätze bildende Aufstellung, führt zu Resultaten, die den Bestimmungen des Gesetzes zuwiderlaufen. Besteht Prozessverhältniss weiter, so steht den Parteien frei, von ihren Prozessrechten nach Belieben weiteren Gebrauch zu machen; hieraus würde aber gegebenen Falls die Zulässigkeit von Anträgen auf Urtheil nach §§ 277, 278 hervorgehen.

---

[1]) So Seuffert zu § 702 Ziff. 1 und ähnlich d. Uebr.

[2]) Kohler der Prozess als Rechtsverhältniss, Mannheim 1888, S. 34, 61, über exekutorische Urkunden, S. 19 fg. u. a., Eccius über Wachs Handbuch in Gruchots Beitr. Bd. XXX S. 465 fg., endlich Dr. Josef Trutter über prozessualische Rechtsgeschäfte, Münchener Habilitationsschrift, München 1890, S. 431 ff.

Aber auch im Uebrigen vermag Kohlers Anschauung keine befriedigende Erklärung zu gewähren. Auch durch Verzichtleistung und Anerkennung wird der Prozess erledigt, beseitigt (vgl. die Terminologie des Gesetzes in §§ 77, 146); trotzdem hat der Gegner die bezeichnete Antragsbefugniss. K. hat allerdings Recht, wenn er nach abgeschlossenem PV. das Urtheil als überflüssig erklärt — gegenstandslos (im Sprachsinn) ist es auch nach Verzicht bezw. Anerkennung des Klagsanspruchs; allein damit wird lediglich die vom Gesetz acceptirte Thatsache rekapitulirt, aber nicht auf ihren inneren Grund geprüft und erklärt.

Noch radikaler ist die Ansicht von Eccius. Derselbe verweist auch die Wirkungen des PV. in das reine Privatrecht; beeinflusst werde nur das materielle Rechtsverhältniss nicht der Prozess: insbesondere wirke der V. nicht prozessbeendigend, solches vermöge höchstens die in ihm enthaltene Klagszurücknahme, in der aber Eccius nur einen höchst accidenziellen Bestandtheil des PV. erblickt. Zu einer Lösung der oben aufgeworfenen Fragen beizutragen, ist der von Eccius eingenommene Standpunkt nicht geeigenschaftet.

Eingehender beschäftigt sich mit dem PV. Trutter in der alleg. Schrift. Den Einwürfen, welchen die vorgenannten Autoren ausgesetzt sind, sucht derselbe dadurch zu begegnen, dass er vorweg eine Konstruktion, kombinirt aus klägerischem Verzicht auf einen Theil des Anspruchs und beklagtischem Anerkenntniss des Restes als der gesetzgeberischen Intention nicht entsprechend bezeichnet. Für den an sich aber wohl denkbaren und in praxi nicht einmal seltenen Fall, dass der PV. in der That auf die angenommene Weise zu Stande gekommen ist, wird die Frage doch auf diesen Stand zurückgeführt. Warum soll in solchen Fällen Verzicht und Anerkenntniss einer anderen gesetzgeberischen Behandlung unterliegen, als sonst? Im Gesetz selbst finden sich hiefür keine positiven Anhaltspunkte, und könnten gerade von den Vertretern der privatrechtlichen Theorie um so weniger gefunden werden, als nach ihrer Ansicht die CPO. auf eine selbständige Ausgestaltung des PV. verzichtet hat. Andrerseits enthalten aber weder §§ 277, 278, noch sonst eine Stelle des Gesetzes Bestimmungen, welche irgend welche Beschränkung der erstgenannten Normen auf nicht im Rahmen von Vergleichen abgegebene Verzichts- etc. Erklärungen rechtfertigen würden.

Für Trutter selbst (a. a. O. S. 433, 129) ist der „gerichtliche Vergleich“ ein im Prozess vorkommendes materiellrechtliches Geschäft. Der nach den Normen des Privatrechts zu Stande gekommene Vergleich sei gegebenen Falles PV. Inwiefern dieser Behauptung nach den Bestimmungen in § 702 beschränkte Geltung beizulegen ist, wird nach den Ausführungen zu I. II A fg. keiner weiteren Bemerkung bedürfen. Die verschiedenartige Behandlung von Verzicht und Vergleich durch das Gesetz rechtfertigt Trutter lediglich durch Anführung der positiven Anordnungen in §§ 93, 146, denen zufolge angeblich der Rechtsstreit durch V. erledigt werde. Das materielle Rechtsgeschäft des Vergleichs, der Erledigung des Streitgegenstandes, materiellen Anspruchs, auf die allein der rechtsgeschäftliche Wille der Parteien gerichtet sei, beende als solches auch das Prozessverhältniss und zwar unabhängig von deren Willen kraft der ausdrücklichen Anordnung des Gesetzes. Nur insofern, als die PO. an den materiellen Thatbestand gewisse prozessuale Rechtsfolgen knüpfe, gehöre der PV. in den Prozess. Hienach aber sei, nachdem der materielle Thatbestand einmal geschaffen, die Bestimmung seiner Wirkung auf das Prozessrechtsverhältniss dem Parteiwillen so sehr entzogen, dass nach geschlossenem PV. die Beendigung des Prozessverhältnisses nicht nur ohne, sondern auch *gegen* den Willen der Parteien eintrete. Dieser Schluss, zu dem Trutter nach seiner Auffassung von Rechtsgeschäft (S. 119 fg.) wie der Auslegung der §§ 93, 146 Ziff. 1 allerdings nothwendiger Weise gelangt, wird an dem Wortlaut des § 702 Ziff. 1 scheitern, der ausser Zweifel lässt, dass „Beilegung des Rechtsstreits“ beim Abschluss des PV. innerhalb der Absicht der Parteien gelegen sein müsse.

Es muss hienach wohl die Prämisse, von der Trutter ausgegangen ist, nämlich seine Beschränkung des rechtsgeschäftlichen Willens, eine irrige sein.

Neben dieser prinzipiellen Stellungnahme Trutters ist es ohne Belang, zu bemerken, inwieweit er innerhalb seines, übrigens hier einer eingehenden Würdigung sich entziehenden Systems der „Prozesshandlungen“ (im weitesten Sinn) durch Qualifizirung des PV. als „Handlung im Prozess“ und wegen seines Vorkommens, nicht seines Wesens halber (S. 127), den PV. doch dem Bereich des Prozessgesetzes unterstellt.

2) Gewissermassen eine Mittelstellung nimmt Wach ein. Zwar beweisen mancherlei Aeusserungen,[1]) dass er zunächst gleichfalls im PV. weiter nichts sieht als das materielle Rechtsgeschäft, das aber wegen seiner durch das Prozessgesetz normirten wesentlichen Wirkungen im Prozess, nämlich dessen Gegenstandslosmachung, bezw. Beendigung, Eigenschaften, die ihm den Charakter einer Prozesshandlung in unverkennbarer Weise aufdrückten, mit Recht auch für das Gebiet des Prozessrechts vindizirt werde. Abgesehen von der scharfen Betonung der Prozesshandlungsqualität ein von dem Kohler'schen nicht sehr entfernter Standpunkt. Wach geht aber weiter,[2]) wenn er die prozessbeendigende Wirkung des PV. aus seinem Wesen ableitet.

Was freilich dieses Wesen sei, darüber finden sich keine genaueren Andeutungen. Wach spricht in der Folge von „der im PV. liegenden Klagszurücknahme", aber er erblickt in dieser mit Nichten den prozessbeendigenden Wesensbestandtheil im PV. Was diesen ausmache, kann entweder civilistischer oder prozessualer Natur sein. Mit ersterer Auffassung würde sich Wach den unter 1 aufgezählten Autoren anreihen; letzteren Falls hingegen muss er dazu gelangen, eine der Klagszurücknahme analoge prozessuale Verzichtserklärung anzunehmen, welche dadurch, dass sie den Streitstoff dem Richter entzieht, die mehrfach bezeichnete Wirkung ausübt.

3) Diese Auffassung ist klar zum Durchbruch gekommen bei Planck.[3]) Ihm ist der PV. Verzicht des Klägers gegenüber dem Prozessgericht auf den Angriff, d. h. Klagsanspruch, nämlich den Anspruch auf Zuerkennung des in der Klage bezeichneten privatrechtlichen Vortheils (materielle Seite des publizistischen Klagerechts) und den Anspruch auf Entscheidung über das Klagsvorbringen (formelle S. d. p. KR.), verbunden mit dem vom Beklagten acceptirten Versprechen, das jetzt erfolgte Klagerecht endgültig nicht gebrauchen zu wollen. Nothwendigen Bestandtheil dieses Vertrags bildet eine vom Beklagten dem Kläger versprochene Gegenleistung beliebigen Inhalts.

[1]) Vgl. Handbuch I S. 536 fg., 576, 577 Note 28 u. s. w. Gruchots Beiträge Bd. XXX S. 790.

[2]) Am letzt allég. Ort.

[3]) Lehrbuch I, S. 305 fg.

Damit sind die nothwendigen Bestandtheile des PV. erschöpft. Möglicherweise komme aber noch drittens, falls die Gegenleistung des Beklagten ein theilweises Anerkenntniss des (materiellen) Anspruchs sein solle, ein Verzicht des Beklagten auf die Vertheidigung hinzu d. h. auf den Gebrauch der vom Gesetz dem Beklagten zum Zweck der Vertheidigung gebotenen Prozessrechte.[1]) Die prozessbeendigende Wirkung des PV. findet damit eine zufriedenstellende Erklärung, nicht so die zu Anfang hervorgehobene Verschiedenheit in Vergleichs- und Verzichtsnormirung durch die PO. Planck[2]) erklärt diese dahin, dass dem Gegner hier, nicht wie sonst mit dem Verzicht der anderen Partei Entscheidungsanspruch verliehen sei, sondern dass der klägerische Verzicht als Surrogat des abweisenden, der beklagtische als S. des verurtheilenden Erkenntnisses behandelt werde. Die Konsequenz dieses Gedankens, der in der That auch der des Gesetzgebers gewesen sei, äussere sich in der Vollstreckbarkeit. Eine weitere Folge sei in der der materiellen Rechtskraft des Endurtheils analogen Wirkung des PV. auf spätere Prozesse anzuerkennen.

Gegen die Konstruktion, welche vor Allem den unleugbaren Vorzug hat, dass sie mit der Trennung von materiellem und formellem Rechtsstoff eine exacte Erklärung der auf den beiden Gebieten zu Tage tretenden Wesenserscheinungen ermöglicht, wird vor Allem eingewendet,[3]) sie finde im Gesetze keine Anhaltspunkte. Diese Behauptung wird an der Erwägung hinfällig, dass das Gesetz unmittelbare Anhaltspunkte auch für die privatrechtliche Theorie nicht bietet; während die letztere obendrein zu unbefriedigenden Konsequenzen führt.

Die weiteren Einwände aber sind sämmtlich auf irrige Prämissen gestützt, oder stehen und fallen mit der Verwerfung oder Anerkennung der Grundlagen, auf denen die Planck'sche Theorie ruht. So bildet einen Angriffspunkt der Planck'sche Verzicht auf den Anspruch; wer allerdings ein publizistisches Klagerecht und damit ein zwischen Parteien einer- und Gericht anderseits bestehendes Anspruchs-

[1]) A. a. O. S. 317.
[2]) A. a. O. S. 307.
[3]) Trutter a. a. O. S. 433, 431 f.

verhältniss negirt,[1]) kann auch einen Verzicht auf den so gearteten Anspruch nicht anerkennen. Wenn aber Trutter, um die Theorie ad absurdum zu führen, an die Stelle von Anspruchsverzicht „Verzicht auf Streitgegenstand" setzt, so darf er vor Allem dem Streitgegenstand nicht den allerdings von der herrschenden Meinung unterschobenen materiellrechtlichen Begriff „klageweise vor Gericht gebrachtes civiles Rechtsverhältniss" — beilegen, sondern muss Streitgegenstand im Sinne der Planck'schen Theorie setzen = dasjenige, was auf Grund eben dieses Erwerbsgrundes im Klagantrag vom Gericht zuerkannt gefordert wird.[2]) Wie die Leistung des Gegners, die der Bestimmung des Verzichtsvertrags mitunterliegt, zu qualifiziren sei, ob als Leistung oder Ersatzleistung oder ob als Gegenleistung, wäre nach civilrechtlichen Grundsätzen, wie der Vertrag überhaupt zu beurtheilen. Die Auffassung derselben als Gegenleistung hat jedenfalls Rückhalt an civilistischen Autoren.[3])

Unzweifelhaft hat die Skizzirung der wesentlichen Momente des PV., wie sie Planck zum ersten Male unternommen hat, die prozessuale Vergleichstheorie um ein Bedeutendes gefördert. Dieselben auf ihre Elemente zurückzuführen, und alsdann, soweit sie hiernach gebilligt werden können, in deduktiver Weise weiter zu entwickeln, soll in den folgenden Abschnitten versucht werden. Nachdem es aber in der Gegenwart unmöglich ist, eine Untersuchung auf irgend einem Gebiet des Prozessrechts anzustellen, ohne sich vorher mit den wichtigsten bei der Konstruktion des Prozesses in Betracht kommenden Fragen auseinandergesetzt zu haben, ein Erforderniss das, wie sich schon aus den kurzen Vorbemerkungen ergibt, in unserer Lehre zu besonderer Bedeutung gelangt, müssen zuerst die nothwendigen Bemerkungen wenigstens über diejenigen Punkte, von deren prinzipieller Beantwortung die Stellungnahme im einzelnen abhängt, vorausgeschickt werden.

II. Grundlagen.

Wenn eine prozessuale Vergleichstheorie auf prozessrechtliche Verzichtserklärungen, insbesondere solche, welche das Klagerecht

[1]) Vgl. den Exkurs über das publizistische Klagerecht bei Trutter a. a. O.
[2]) Planck a. a. O., I S. 259 ff., II S. 5 fg.
[3]) Vgl. Windscheid, II § 413, Arndts § 269 u. A.

oder die Vertheidigung gegenüber demselben umfassen, aufgebaut werden will, so wird es zunächst nöthig sein, über die letzteren Begriffe sich klar zu werden. Die Erreichung dieses Ziels erfordert eine vorherige Präcisirung der Beziehungen der Prozessparteien untereinander und gegenüber dem Gericht. Endlich aber werden, und zwar als Uebergang zu der Besprechung der Verzichtserklärungen im Einzelnen Bemerkungen über Prozessgang und Prozesszweck nicht zu vermeiden sein.

A. Es wird wenige Erscheinungen geben, welche nach so verschiedenartigen Richtungen einen unerschöpflichen Quell für Untersuchungen darstellen und in der That dargestellt haben, wie das Klagerecht. Für den vorliegenden Zweck interessirt nicht sowohl sein Verhältniss zum Recht, seine publicistische oder civilistische Grundlage, seine subjektive oder objektive Richtung an sich, als vielmehr seine Eigenschaft, als Grundlage gewisser Rechtsbeziehungen zwischen Privaten und staatlichem Rechtsschutzorgan zu dienen, seine Bedeutung für die Konstruktion des Prozesses.

Hier stehen einander vor Allem zwei sich heftig bekämpfende Lehrmeinungen gegenüber. Deren eine erblickt in dem Klagerecht in diesem Sinne nicht eine subjektive Berechtigung, welcher eine dementsprechende Verpflichtung anderer gegenüberstünde, sondern nur ein rechtliches Können, eine Befugniss. Das Prozessverhältniss erscheint ihr, abgesehen zunächst von der Position des Beklagten, nicht als ein Anspruchsverhältniss mit der Massgabe, dass durch die Erhebung der Klage der Kläger in das Verhältniss eines Berechtigten gegenüber dem Gerichte als Verpflichtetem träte, sondern zunächst nur als konkrete Folge eines zwischen Staat und staatlichem Organ — Gericht — bestehenden Verpflichtungsverhältnisses, das allerdings, um äusserlich in Erscheinung zu treten, den Gebrauch der Klagebefugniss Seitens des Klägers voraussetzte.[1]) Das Klage*recht* ist ein Ausfluss des verletzten oder gefährdeten materiellen Rechts.

---

[1]) So Kohler in Grünhuts Zeitschr. Bd. XIV S. 38 fg., ferner der Prozess als Rechtsverhältniss S. 13 f., 16; Trutter a. a. O. S. 32 fg. und Exkurs über das publizistische Klagerecht; Fischer in der Zeitschr. f. d. CP. Bd. X S. 429.

Neuerdings ist hier anzureihen Hellmann in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. XXXI S. 79 ff., insofern auch er eine direkte dem Richter gegenüber dem Kläger obliegende Verpflichtung leugnet, während er andrerseits in

Die entgegenstehende Theorie gelangte zunächst durch eine radikale Trennung von materiellem und prozessualem Recht, ausgehend von dem Faktum, dass auch dem bloss behaupteten, ja sogar dem unbegründeten Anspruch gegenüber Einlassungszwang bestehe, zu der Annahme des sogen. abstrakten publizistischen Klagerechts, welches die staatliche Rechtsordnung, jedem Privaten, der ihr unterstehe, gewähre.[1]) Dieses „Prozessbegründungsrecht" wurde nachmals

dem Klagerecht mehr als eine Befugniss, nämlich vielmehr eine dem privatrechtlich) Berechtigten verliehene Macht erblickt, durch die Klageerhebung die Bedingung zu setzen, unter welcher der Richter entweder über den Klageantrag entscheiden, oder sich der Gefahr aussetzen müsse, wegen Delikts oder disciplinärer Uebertretung verfolgt zu werden (a. a. O. S. 102 fg.). Hiermit neigt sich H. den Vertretern der publizistischen Theorie zu; andrerseits aber stellt er sich völlig auf privatrechtlichen Boden, wenn er die Quelle dieser Ermächtigung lediglich in Privatrechtssätzen erblickt.

So sehr zuzugeben ist, dass diese Auffassung des Klagerechts eine einheitliche Konstruktion von Leistungs- und Feststellungsklage unterstützt, so wenig scheint die Theorie selbst nach allen Richtungen völlig einwandfrei. Wenn dieselbe das Fundament des Klagerechts im Privatrecht findet, so stellt sie, um naheliegenden Einwänden zu begegnen, den weiteren Satz mit an die Spitze, dass es eine Reihe subjektiver Privatrechte gebe, denen die Qualität des Klagerechts mit ihren Konsequenzen nicht innewohne (a. a. O. S. 85); andrerseits verschliesst sie sich ebensowenig der Thatsache, dass die Rechtsordnung in einer Reihe von Fällen Inanspruchnahme richterlicher Hilfe zulasse, ohne die Existenz eines subjektiven Privatrechts vorauszusetzen a. a. O. S. 87, 89 fg.). Während einerseits das Klagerecht als eine dem privatrechtlich) Berechtigten gewährleistete Macht definirt wird, die Bedingung für gewisse rechtliche Erfolge zu setzen, wird dieses rechtliche Können anderen privatrechtlich Berechtigten versagt, während in anderen Fällen die Bedingung zu setzen, solchen zugestanden wird, welchen die (privatrechtliche) Berechtigung fehlt. Angenommen, die erstere Reihe von Ausnahmen sei durch privaten Rechtssatz bestimmt, so stehen wir doch der Erscheinung gegenüber, dass eine privatrechtliche Norm für die letztere Kategorie nicht existirt. Vielmehr ist diese gerade von der Prozessordnung aufgestellt und begrenzt worden.

Und weiter: Die Theorie erkennt unter Ablehnung einer mit Zwangsmitteln ausgestatteten Klageberechtigung immerhin dem Kläger ein rechtliches Können zu, bindet die Entscheidungsfreiheit des Gerichts an gewisse Imperativa, deren Normen zu setzen, dem Kläger zusteht. Es ergibt sich nun, dass in der Mehrzahl der Fälle rechtliche Macht des Klägers und Bindung des Gerichtes einander entsprechen, während in anderen das kausale Moment für die letztere nicht ersichtlich wird. Ob die (S. 109 u.) hierfür gegebene Erklärung völlig befriedigen wird?

[1]) So Degenkolb, Einlassungszwang und Urtheilsnorm, Leipzig 1877, darin der Begründer dieser Theorie; nach ihm Plósz, Beiträge zur Theorie des Klagerechts, Leipzig 1880.

in zutreffender Weise auf eine blosse Klagebefugniss zurückgeführt, mit der es identisch sei. Es ist hier nicht der Ort, die oft gebrachten Einwände, welche insbesondere bei dem Entstehungsgrund dieses KR. einsetzen, zu rekapituliren. [1])

Der Begriff der prozessualen Klageberechtigung wurde aber in der Folge nicht mehr fallen gelassen, vielmehr mit neuem Inhalt erfüllt von Wach und Planck, von ersterem durch Aufstellung und Ausgestaltung der Theorie vom Rechtsschutzanspruch, von Letzterem durch Aufbau des Prozessverhältnisses auf der Grundlage eines publizistischen Klagerechts. [2])

Wenn der Staat in Aufstellung einer Rechtsordnung, d. h. eines Systems von Regeln, welche die äusseren Willensbeziehungen der in ihm zusammenlebenden Menschen in Bezug auf die Verfolgung ihrer (collidirenden) Lebensinteressen ordnen, eine seiner vornehmsten Pflichten erblickt, so muss er, will er nicht ein rein illusorisches Gebilde schaffen, zugleich Mittel erfinden, um die Privatrechtsordnung selbst gegen Nichtanerkennung oder gar thätliche Störung zu schützen. Diese Mittel gewährt er in der Rechtsschutzordnung, d. h. in einem System von Rechtsregeln zur Bewährung und eventl. zwangsweisen Durchführung der Privatrechtsordnung. Der Staat kann unmöglich die Verpflichtung haben, von sich aus auf eine der Rechtsordnung völlig entsprechende Regelung der privatrechtlichen Beziehungen seiner Inwohner zu dringen. Es würde sich hierin ein starkes Missverhältniss mit seinem Interesse einerseits, auf der andern Seite aber die Nothwendigkeit von so zahlreichen Eingriffen in die private Rechtssphäre der Einzelnen ergeben, dass der Zweck der Rechtsordnung selbst: Ermöglichung einer freien Bethätigung der einzelnen

[1]) Wach in Grünhuts Zeitschrift Bd. VI S. 515 fg., 540 ff; Handbuch I S. 22 fg. Planck a. a. O. I, S. 264, 400, 443, II, S. 6 fg. versteht etwas völlig anderes unter der formellen Seite des Klagerechts im prozessualischen Sinn.

[2]) Wach, Handbuch I S. 19 ff. etc., ferner: Der Feststellungsanspruch, ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch, Leipzig 1889; vide Besprechungen dieser Schrift von Hoelder, Krit. Vierteljahrschrift, n. F. Bd. XIII S. 356 ff.; Levy in Gruchots Beitr. XXXV S. 156 fg.; vgl. Fischer in der Zeitschr. f. d. CP. X S. 428 ff.; gegen den „Rechtsschutzanspruch" neuerdings Hellmann a. a. O. insbes. S. 90 fg. — Planck a. a. O. §§ 52 ff.; s. auch L. Seuffert in Grünhuts Zeitschr. Bd. XII S. 617 ff., 626 ff.

Individualitäten, ernstlichst gefährdet würde. Vielmehr genügt der Staat seiner Rechtsschutzpflicht, wenn er den Rechtssubjekten die Mittel gewährt, mit denen dieselben Mangels gütlicher Vereinbarung sich ihr Recht, d. h. eine mit der Rechtsordnung übereinstimmende Regelung ihrer gegenseitigen Beziehungen erzwingen können [1]) Insoweit besteht für ihn aber auch pflichtgemässe Gebundenheit Dieses Pflichtverhältniss, in welchem der Staat hiemit sich befindet, wird nun freilich auch von denjenigen anerkannt, welche ein publizistisches Klagerecht leugnen, allein dieselben halten es mit der Erfüllung einer staatlichen Aufgabe für genügend erklärt; in Konsequenz dieser Anschauung wird dann auch die Stellung des staatlichen Rechtsschutzorgans, des Richters, mit seiner Amtspflicht gegenüber dem Staat für erschöpft erachtet, während ein Anspruch dritter auf richterliche Thätigkeit nach wie vor in Abrede gestellt wird.

Von entgegengesetzter Seite wird auf den Syndikatsanspruch verwiesen: dagegen wird wiederum bemerkt,[2]) dass derselbe durch den Vermögensverlust begründet sei, den der Einzelne infolge der unterlassenen oder fehlerhaften Staatsthätigkeit erdulde, insofern nämlich der Beamte seine dem Staate geschuldete Thätigkeit nicht oder nicht pflichtgemäss ausgeführt habe; wenn weiter darauf hingewiesen wird, dass diese doppelte Haftung: dem dominus des Pflichtverhältnisses und dem Dritten gegenüber nicht vereinzelt dastehe, so mag dies zugegeben werden. Anders steht es schon mit dem Hinweis auf Art. 77 der Reichsverfassung. Damit man von Anspruch im Sinne von subjektiver Berechtigung sprechen könne, ist es erforderlich, dass zu der blossen Befugniss, dem einfachen rechtlichen Dürfen einer- und dem rechtlichen Können andrerseits, d. h. der dem Nichtverbotensein gegenüberstehenden aus positivrechtlichen Bestimmungen folgenden Fähigkeit, bestimmte Rechtswirkungen hervorzubringen, noch ein Drittes komme, nämlich das Sollen, die Pflicht eines anderen.[3]) Nun wird allerdings hiegegen der allgemeine Satz aufgestellt, dass durch-

[1]) Laband, Staatsrecht des deutschen Reiches 2. Aufl., II. Bd. S. 338; Bülow, dispositives Civilprozessrecht, Archiv f. civ. Pr. Bd. LXIV S. 12.

[2]) Kohler, der Prozess als Rechtsverhältniss S. 14, Grünhuts Zeitschr. Bd. XIV S. 39 Note 95; Hellmann a. a. O. S. 104; s. auch Wach, Feststellungsanspruch S. 30.

[3]) Vgl. Bierling, zur Kritik der juristischen Grundbegriffe Bd. II S. 50.

aus nicht umgekehrt aus jeder prozessualischen Pflicht auf ein Recht der Partei geschlossen werden dürfe. Allein ein solches wird man in dem Falle zugeben müssen, wenn derselben Mittel gegeben sind, Erfüllung dieser Pflicht zu erzwingen; ein solches Mittel gewährt allerdings nicht die in der Organisation des Prozesses begründete Anrufung der höheren Instanz, wohl aber die Verfassungsbeschwerde des § 77 RV. Andere Einwendungen sind an anderer Stelle widerlegt worden.[1])

Uebrigens gesteht auch Trutter im Gegensatz zu Kohler, der jeden Anspruch der Parteien gegenüber dem Gericht auch nach zu Stande gekommenem Prozessverhältniss leugnet, die Existenz eines Rechts auf Urtheil zu;[2]) allein dieses ist ihm ein mit Existentwerdung des Prozessrechtsverhältnisses begründetes subjectives Prozessrecht, das mit der Ausübung — Stellung des Klageantrags — zum Anspruch auf Urtheil wird. Es scheint, als ob Trutter hier mit sich in Widerspruch gerathe. Nach § 230 CPO. bildet der Klageantrag einen Bestandtheil der Klage. Mit der ordnungsgemässen Erhebung der Klage wird Prozessrechtsverhältniss begründet;[3]) vorher bestand also auch das erwähnte subjective Processrecht nicht, und doch soll mit der gleichzeitigen Stellung des Klageantrags ein solches ausgeübt werden?

Wach nennt die subjective Berechtigung der Parteien und insbesondere des Klägers gegenüber dem Staat bezw. dem Gericht als dem Repräsentanten des ersteren in Ausübung des Rechtsschutzes, wie schon erwähnt, Rechtsschutzanspruch. Der Begriff desselben wird ihm jedoch nicht durch das Prozessverhältniss, die auf Klageerhebung gegründeten Beziehungen zwischen Parteien und Gericht ausgefüllt, sondern Rechtsschutzanspruch besteht schon vorher, sofern nur seine Voraussetzungen gegeben sind, nämlich insbesondere wirkliches, nicht blos fingirtes Rechtsschutzinteresse infolge befriedigungsbedürftigen aber nicht befriedigten subjectiven Privatrechts. Insoferne der Rechtsschutzanspruch, der im Uebrigen ein so vielfacher sein kann, als es Mittel zu seiner Befriedigung gibt, in der klageweisen Geltend-

[1]) Wach a. a. O., S. 30 fg.
[2]) A. a. O., S. 459.
[3]) Vgl. Planck a. a. O., S. 186.

machung sein Schutzmittel findet, ist er identisch mit Klagerecht, dieses selbst, demnach ein der Klageerhebung präexistirendes, derselben als Basis dienendes Recht. Eine derartige Konstruktion des Klagerechts musste begreiflicher Weise bei allen, welche ein solches auf öffentlich rechtlichem oder speciell prozessualem Gebiet nicht anerkennen wollen, lebhaften Widerspruch erfahren. Derselbe kehrte sich aber vielmehr gegen diese, als gegen die Auffassung von der öffentlich rechtlichen Natur des Prozessanspruchverhältnisses, und dass die letztere ein wesentliches Moment in der Theorie vom Rechtsschutzanspruch bildet, ist zu konstatiren von Wichtigkeit.

Ein gleiches Anspruchsverhältniss nehmen übrigens auch namhafte Staatsrechtslehrer an.[1])

Steht das publizistische Anspruchsverhältniss als solches fest, so erscheint es demnächst erforderlich, eine nähere Bestimmung nach der subjektiven und objektiven Seite und zwar in letzterer Hinsicht wiederum nach der Gegenstands- wie nach der Zweckrichtung zu versuchen. Es wird hiebei vortheilhaft sein, wenn zur Vermeidung von Zweifeln von vornherein ein Terminus festgesetzt wird, welcher dem publizistischen Anspruch der Parteien, wie er insbesondere auf Seite des Klägers mit erhobener Klage existent geworden ist, möglichst präcis bezeichnet. Die Benennung „Prozessanspruch" hat den doppelten Vortheil, dass sie einerseits im Gegensatz zum Rechtsschutzanspruch die Beschränkung des Verhältnisses auf den Prozess andeutet, andrerseits aber die Unterscheidung von dem civilistischen Anspruch zwischen Partei und Partei hinreichend markirt.

Prozessanspruch wird erhoben von dem Kläger gegenüber dem Gericht. Demzufolge erscheint zunächst der Kläger als das berechtigte, das Gericht als das verpflichtete Subjekt im Prozess. Wie aber ist die Stellung des Beklagten aufzufassen? Sicher ist, dass der private Anspruch gegen ihn seine Spitze richtet; ob auch der Prozessanspruch? Wach[2]) weist seinem Rechtsschutzanspruch eine doppelte Richtung in diesem Sinne an — eine aus dem Festhalten an der

[1]) Vgl. u. A. Laband a. a. O., II S. 338, Gareis, Allgemeines Staatsrecht, in Marquardsens Handbuch des öff. Rechts Bd. I, Allgem. Tl. S. 127 ff.

[2]) Handb § 2 Note 16 u. s. w.: Feststellungsanspruch S. 27 ff.

Einlassungspflicht folgeweise sich ergebende Anschauung. Wenn eine Mitwirkung des Gegners für erforderlich erachtet wird zur Konstituirung des Prozessverhältnisses, von dessen Inslebentreten wiederum die Befriedigung des klägerischen Rechts abhängig gemacht ist, was liegt näher, als diese Mitwirkungspflicht sich als Ziel des klägerischen Anspruchs mitzudenken. Zwar wird dagegen bemerkt,[1]) dass die Verpflichtung des einer Rechtsschutzhandlung ausgesetzten zur Duldung derselben in der Konsequenz der Berechtigung dieser Handlung selbst eine ausreichende Erklärung finde, ohne dass eine besondere durch den Rechtsschutzanspruch begründete Verpflichtung gegenüber allen übrigen Rechtsgenossen angenommen werden müsste. Allein, um bei dem gebrauchten Beispiel zu bleiben, es ist doch ein Unterschied begründet, ob man verpflichtet sei, seine Sache dem rechtlichen Zwange nicht zu entziehen, oder ob man sie positiv demselben darbieten müsse, ein Unterschied zwischen dem blos passiven Dulden und dem aktiven Handelnmüssen. Ein solches wird aber dem Belangten durch den Einlassungszwang zugemuthet. Uebrigens entfällt der zwingende Grund, wenn man mit Bülow den Begriff der Einlassungspflicht, als einer Pflicht, die der Beklagte dem Kläger schulde, aufgibt.

Und doch bedarf die Position des Beklagten im Prozess einer Erklärung. Die materielle Anspruchsrichtung vermag diese nicht ausreichend zu geben. Hingegen lässt sich dieselbe abzuleiten versuchen aus dem Begriff der richterlichen Zwangsgewalt. Ein erfolgreicher Schutz der Rechtsordnung durch die Gerichte setzt voraus, dass ihnen der Staat die Macht verleihe, dieselben eventuell zwangsweise durchzuführen, ihnen Gerichtsgewalt übertrage. Zu einer Bethätigung der richterlichen Zwangsgewalt kommt es jedoch nur, wenn sie angerufen worden ist, und das geschieht im Hauptfall durch die Klagserhebung. Von diesem Augenblick an unterstehen ihr die beiden Parteien in gleicher Weise.

Das Prozessverhältniss erscheint nunmehr als ein Verhältniss, welches verschiedenartige rechtliche Beziehungen in sich vereinigt:[2])

[1] Hölder, krit. Vierteljahrschr. a. a. O. S. 365, s. ferner L. Seuffert a. a. O.
[2]) Vgl. Planck a. a. O., § 50.

Zum ersten den Prozessanspruch des Klägers gegen das Gericht, demzufolge der erstere berechtigt, das letztere verpflichtet ist, zum anderen die rechtliche Unterworfenheit der Parteien unter die Gerichtsgewalt, zufolge deren die ersteren verpflichtet, das Gericht hingegen berechtigt erscheint. Eine Seite des Verhältnisses ist nun noch offen.

Während von vornherein objektiv gewiss ist, ob der Prozessanspruch des Klägers rechtlich begründet ist, so fehlt doch die subjektive Gewissheit; eben wegen deren Mangel wird prozessirt. In Wirklichkeit kann demnach der klägerische Anspruch ebenso gut begründet, wie unbegründet sein. Demgegenüber ist es eine Forderung der Billigkeit, dass dem Beklagten in gleicher Weise die Möglichkeit gegeben werde, das Rechtsschutzbedürfniss seiner Lage darzuthun. In der That muss konsequenter Weise auch ihm „Prozessanspruch" eingeräumt werden, den man wohl für eine Kategorie von Fällen „Vertheidigungsanspruch"[1]) nennen mag.

Wichtiger übrigens als über subjektive Berechtigung und Verpflichtung werden im Folgenden Bemerkungen erscheinen, welche den Prozessanspruch in objektiver Richtung des Näheren umgrenzen.

Im Allgemeinen ist bereits festgestellt, dass darunter der publizistische Anspruch der Parteien gegenüber dem Gericht, wie er insbesondere auf Seite des Klägers mit der formgerechten Erhebung der Klage existent geworden ist, verstanden sein soll (S. 46). Negativ ist seine Identifizirung mit dem materiellen Anspruch abgelehnt worden. Sein Ziel ist Rechtsschutzhandlung Seitens des Richters durch Anerkennung des den privatrechtlichen Normen gemässen Zustandes des betr. Privatrechtsverhältnisses und eventuell Erzwingung dieser Anerkennung auch gegenüber dem Gegner. Von letzterer Zweckrichtung ist hier abzusehen. Zunächst Rechtsschutzhandlung: Urtheil schlechthin. „Durch formell korrekt erhobene Klage wird das prozessuale Recht auf Urtheil schlechthin begründet." Hiemit ist aber das Ziel des Prozessanspruchs nicht vollständig begriffen. Vielmehr ist derselbe des Weiteren wesentlich gerichtet auf „günstiges Urtheil". Einen wirklichen Anspruch im Sinne von subjektiver Berechtigung hat aber blos derjenige, welcher die formellen und materiellen Voraussetzungen, d. h. in letzterer Beziehung vor allem

[1]) Wach a. a. O., Note 15; dag. Hellmann a. a. O., S. 97.

auf seiner Seite obwaltendes rechtlichen Schutzes bedürftiges Interesse dargethan hat. Das Gesetz gewährt ihm hiezu bestimmte Mittel, auf die unten zurückzukommen sein wird. Zu eruiren, auf wessen Seite dieses Interesse bestehe, ist Sache des Gerichts. Von vornherein wird es von dem Kläger mit der Klageerhebung für sich, von dem Beklagten mit der Einlassung für seine Person in Anspruch genommen. Es ist infolgedessen nach letzterem Zeitpunkt festzuhalten: 1) der übereinstimmende Anspruch von Kläger und Beklagtem auf Urtheil schlechthin und 2) die Bitte des Klägers auf ihm günstiges, die Bitte des Beklagten auf seiner Person vortheilhaftes Urtheil. Es kann aber weiter der Fall eintreten, dass der Beklagte mit Rücksicht auf das klägerische Begehren seinerseits mit dem von Seite des Klägers prätendirten irgendwie in Zusammenhang stehendes neuerliches Rechtsschutzinteresse behaupte, und für dieses aggressiv richterlichen Schutz fordere. Sofern der Kläger sich hierauf einlässt, wird dann ein im Vergleich zu dem ersten umgekehrtes, im Uebrigen aber diesem conformes Verhältniss geschaffen. Es ist desshalb nicht richtig für den klägerischen Prozessanspruch: Klagsanspruch, für den beklagtischen: Vertheidigungsanspruch zu setzen, vielmehr empfiehlt es sich, die Bezeichnungen nach der Art der Geltendmachung unter Abstrahirung von dem prozessualen Mittel zu erwählen. Es dürfte hiefür „Angriffs- und Vertheidigungsanspruch“ geeignet erscheinen.

Uebrigens wird die dem Angriffs- und Vertheidigungsanspruch charakteristische Tendenz noch einer genaueren Fassung bedürftig sein. Gegenstand des Prozessanspruchs ist das materielle Rechtsverhältniss, für das Rechtsschutz gefordert wird. Wenn nun die Richtung des Angriffsanspruchs auf günstiges Urtheil zielt, so kann darin blos die Forderung einer Verbesserung der seitherigen eigenen privatrechtlichen Position enthalten sein, während nach dem bisher Gesagten der Vertheidigungsanspruch lediglich die Verweigerung dieser Besserstellung anstrebt.[1] In der Sprache der CPO. bezweckt das Klagbegehren „Verurtheilung“, das des Gegners „Abweisung“.

[1] Planck a. a. O., § 42 nennt desshalb Kläger denjenigen, welcher vom Gericht die Anerkennung event. Verwirklichung seines vermeintlichen Rechts auf privatrechtliche Leistung des Gegners verlangt und betreibt; Beklagten den, welcher nur die Aberkennung jenes vermeintlichen Rechts fordert. Der letztere erstrebt nur einen negativen Vortheil.

Aus der dem Angriffs- wie Vertheidigungsanspruch gemeinsamen Forderung von Entscheidung schlechthin erklärt sich eine für die gegenwärtige Frage bemerkenswerthe Erscheinung: die sogenannte Prozessgebundenheit, Prozessobligation.[1]) In dem Augenblick nämlich, in welchem der Beklagte Vertheidigungsanspruch erhebt — und dieser tritt ein mit der Einlassung: d. h. nach dem Prozessgesetz mit dem Moment, da der Beklagte zur Hauptsache mündlich verhandelt (§ 2431), ist der Anspruch auf Entscheidung schlechthin gewissermassen Gemeingut der beiden Parteien geworden und zwar in derartig untheilbarer Weise, dass ein einseitiges Ausscheiden aus dem Rechtsverhältniss nicht mehr zulässig ist. Der tiefere Grund liegt darin, dass eben von diesem Augenblick an der Kläger von dem Rechtsschutz begehrenden Beklagten in gleicher Weise der konkreten Ausübung der Gerichtsgewalt unterstellt wird, wie es vordem und zwar von der Klagserhebung an nur bezüglich der Person des Beklagten der Fall war. Hingegen muss andrerseits bei sonst gegebenen Voraussetzungen jeder der Parteien das Recht zustehen, die Verfolgung ihrer Bitte auf ihnen günstiges Urtheil, je nach der Parteistellung, demnach auf Verurtheilung oder Klags- etc. Abweisung gerichtet, fallen zu lassen, d. h. auf dieselbe zu verzichten (§§ 277, 278, 475; 243, 476; 329 CPO.).

Bevor aber von diesem Verzicht des Eingehenderen gehandelt wird, ist es erforderlich, auf die angedeuteten sonstigen Voraussetzungen zurückzukommen. Wir knüpfen hier zweckmässig an die oben vorausgeschickten Bemerkungen über die richterliche Zwangsgewalt an. Dieselbe kann dem Gerichte in der Weise übertragen sein, dass sie einmal angerufen, nunmehr von sich aus thätig, unabhängig von dem Willen der Parteien in Wiederherstellung der Rechtsordnung geübt wird, oder vielmehr so, dass auch während des im Gang befindlichen Verfahrens dieselben deren Handhabung in bestimmender oder bedingender Weise zu beeinflussen im Stande sind. Man wird hier zunächst an die Unterschiede von Untersuchungs- und Verhandlungsmaxime, präciser: Untersuchungs- und Verhandlungsform denken. Unterschiede von wesentlich processorganisatorischer Bedeutung, welche, obgleich dadurch von Einfluss auf die Ausgestaltung

[1]) Vgl. Wach a. a. O., S. 19 Note 17, Planck a. a. O., S. 250, Trutter a. a. O. S. 436.

des Prozessanspruchs, hier ein weiteres Eingehen aus dem Grunde nicht erfordern, da nach der heutigen Anlage des Prozesses bei auf den Boden des geltenden Rechts sich stellenden Erörterungen die erstere Prozessform füglich ausser Acht gelassen werden darf. Wichtiger ist die Frage nach den Dispositionsbefugnissen, welche den Parteien hinsichtlich des materiellen in Streit gezogenen Rechtsverhältnisses, und nachdem der Prozessanspruch dieses mit umfasst, indirekt auch bezüglich des letzteren zustehen.

Der Gebrauch der durch die Verhandlungsform gewährleisteten Prozessrechte wird ja unter deren Herrschaft den Parteien als Prozesssubjekten immerhin zustehen. In Wirklichkeit aber wird diese Befugniss illusorisch, sofern infolge mangelnder Dispositionsfreiheit der Partei die Einwirkung auf das Streitobjekt in der gewollten Richtung versagt ist — vgl. §§ 577, 578, 579 u. a. CPO. Geltung des Dispositionsprinzips[1]) ist demgemäss nothwendige Voraussetzung der Disposition über den Prozessanspruch, sei es Erhebung, Abänderung oder Verzicht auf denselben. Für eine prozessuale Vergleichstheorie muss dieser Gesichtspunkt schwer ins Gewicht fallen. (vgl. darüber S. 58 fg.)

III. Die prozessualen Verzichtserklärungen im Prozessvergleich.

Bei allen Verschiedenheiten, welche im Einzelnen bei Bestimmung des Begriffs des prozessualen Verzichts beobachtet werden mögen, in der Hauptsache sind die Autoren, welche einen solchen überhaupt zugeben — ihn zu leugnen, ist nachdem ihn die CPO. normirt hat, nicht mehr angängig — darin einig, dass es sich stets um ein „Aufgeben von Berechtigung“ (im Gegensatz zu blosser Be-

[1]) Vgl. über das Erforderniss einer scharfen Trennung von äusserer Verfahrensform und gesetzgeberischem Prinzip hinsichtlich Gewährung von Prozessrechten Heinze in Goltdammers Archiv Bd 24 S. 265 fg. und Birkmeyer in der Zeitschr. f. d. CP. Bd. VII S. 155 fg. Der Unterschied wird richtig getroffen mit dem „sachlichen Recht, im Wege des Prozesses über dessen Gegenstand zu verfügen“ gegenüber dem „formellen Recht, über den Gang des Prozesses und die einzelnen Prozessbestandtheile zu disponiren.“ Heinze a. a. O. S. 268 fg., Birckmeyer a. a. O. S. 191 fg. Die Gewährung des ersteren ist begrifflich nur bei Verhandlungsform denkbar; hingegen nicht umgekehrt: Offizialprinzip ist an Untersuchungsform nicht gebunden; die Parteien können immer noch vollberechtigte Prozesssubjekte neben dem Gericht sein, und trotzdem ist ihre Dispositionsbefugniss bei Herstellung des die Entscheidungsgrundlage bildenden Sachverhalts möglicherweise durch Ausdehnung des officium iudicis eingeschränkt.

fugniss) handeln müsse.[1]) Wenn deshalb im Folgenden von Verzicht auf Prozessanspruch die Rede ist, so will darunter das natürlich gewollte — Aufgeben des der Partei mit erhobener Klage zustehenden Anspruchs gegen das Gericht auf Urtheil schlechthin bezw. günstiges Urtheil verstanden sein. Dieser Verzicht ist ein prozessuales Rechtsgeschäft, er ist nicht auch ein civilistisches, er ist überhaupt kein civilistisches RG. Der Verzicht auf Prozessanspruch berührt den materiellen Anspruch an sich nicht. Dass der civilistische Vergleichsvertrag auch ausserhalb des Prozesses Wirksamkeit besitzt, ist eine Thatsache, welche sich nicht sowohl aus der civilrechtlichen Natur des Verzichts als aus der des zwischen den Parteien zu Stande gekommenen Verzichtsvertrags erklärt. Er entbehrt der prozessualen Natur auch nicht etwa wegen seiner selbstständigen Stellung im Prozess, wegen seiner Unabhängigkeit von gültigem Prozessrechtsverhältniss, so wenig wie die Klagserhebung, deren prozessrechtsgeschäftlicher Charakter gerade von denjenigen Autoren anerkannt wird, welche ein präexistirendes publizistisches Klagerecht verwerfen.

Verzicht auf Prozessanspruch, in specie Angriffsanspruch, ist nicht identisch mit Verzicht auf Prozessrechtsverhältniss. Denn, wie bemerkt, besteht derselbe, wenn auch inhaltlich ein engerer, sofern nur die Klagserhebung ohne formelle Mängel erfolgte, als Anspruch auf Urtheil schlechthin; übrigens erscheint die Ausdrucksweise „Verzicht auf Prozessverhältniss“ nicht ganz glücklich; denn in der That genügt nach erfolgter Einlassung nicht einseitiger Verzicht auf die „rechtsgeschäftliche Willenserklärung, durch welche das Prozessverhältniss entstanden ist“, sondern es muss, um sämmtliche auf dasselbe fundirten Ansprüche, und damit dieses selbst aus der Welt zu schaffen, Verzicht des Gegners hinzutreten. Verzicht auf PA. ist aber ebensowenig Verzicht auf einzelne Prozessrechte, d. h auf Berechtigungen, welche das Prozessgesetz den Parteien zur Erreichung von dessen Ziel zugesteht. Umgekehrt schliesst dieser jenen weiteren Verzicht naturgemäss in sich ein. Verzichtet der Kläger auf Angriffsanspruch, so hat er sich damit auch des Rechts begeben, die Folgen beklagtischen Anerkenntnisses urtheilsmässig ausgesprochen zu erhalten, und analog steht es mit dem Recht des Klägers nach § 277.

[1]) Planck a. a. O. I, § 56 S. 291 fg. Trutter a. a. O. IV. Abschnitt.

Diese Vorbemerkungen ermöglichen unter Berücksichtigung des sub II Ausgeführten die prozessualen Elemente des PV. zusammenzufassen in:

a) Verzicht des Klägers (Angreifers) auf erhobenen Angriffsanspruch — vor Einlassung des Gegners,

b) Verzicht des Klägers etc. auf Angriffsanspruch, des Gegners auf Vertheidigungsanspruch — nach erfolgter Einlassung.

Hiezu kommt der auf materiellrechtlichem Gebiete liegende onerose Verzichtsvertrag der Parteien.

Diese Konstruktion hat den Vorzug, für die in Abschn. I des II. Theils hervorgehobenen Erscheinungen eine Erklärung zu geben. Wenn der Gesetzgeber in Wirklichkeit den PV. in dieser Weise aufgefasst hat, so ist begreiflich, warum er ihm prozessbeendigende Wirkung beilegte unter Ausschluss gerichtlicher Entscheidung, insbesondere in den mehrangeführten Fällen des materiellen Verzichts oder Anerkenntnisses. Die Konstruktion wird aber auch die Möglichkeit gewähren, für eine Reihe schwebender Fragen, einfache Lösungen zu gewähren.

A. Verzicht auf Angriffsanspruch.

Eine Erörterung zunächst der verschiedenen Arten, auf welche die CPO. AA. zu erheben zulässt, demnächst eine Aufzählung derjenigen Fälle, in welchen die rechtliche Beschaffenheit des Prozessanspruchs oder sonstige Gründe einen Verzicht auf AA. unzulässig erscheinen lassen, wird uns in Stand setzen, diejenigen Prozessarten und -stadien zu erkennen, welche durch PV. ihren Abschluss finden können.

I. Nach den Vorbemerkungen sprechen wir von AA. dann, wenn durch Klage oder analoge Angriffsmittel für ein materielles des Rechtsschutzes angeblich bedürftiges Rechtsverhältniss Rechtsschutzhandlung, genauer Urtheil, gefordert wird. AA. liegt nicht vor, wenn eines dieser Merkmale fehlt. Man wird hiebei zunächst an den Vollstreckungsanspruch denken, d. h. an den gegen das Gericht mit den hiefür zu Gebote stehenden prozessualen Mitteln erhobenen Anspruch auf Rechtsschutz durch Vollstreckungshandlung. In der That ist hier zwischen den einzelnen Fällen zu unterscheiden.

Keinem Zweifel unterliegt, dass in der Zeit zwischen Antrag-

stellung auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel und der Ertheilung selbst (was an sich nach § 666II nicht undenkbar wäre) für PV. kein Raum ist. Schwieriger gestalten sich die Fälle, in welchen Einwendungen erhoben sind. Das entscheidende Merkmal hat darin zu liegen, ob das materielle — den Gegenstand des Prozessanspruchs bildende — Rechtsverhältniss streitig ist, oder ob lediglich prozessuale Fragen. Hienach können ohne weiteres Einwendungen nach §§ 668. 685 ausgeschieden werden, während solche nach §§ 686, 690 in der That das materielle Streitverhältniss und zwar auf dem Wege der Klage neuerdings der Entscheidung unterstellen. Eine Schwierigkeit ergibt § 687 mit 668, insofern durch Bestreiten Seitens des Schuldners in materieller Richtung bei der Geltendmachung auf dem Weg des § 686 PV. als zulässig, andernfalls aber als ausgeschlossen angenommen werden muss. Dieselbe ist indess nicht zu vermeiden.

Es kann weiter fraglich sein, wie es mit dem Arrestanspruch und dem A. auf Erlass einstweiliger Verfügung stehe. Auch hier sind die oben aufgezählten Merkmale massgebend. So kann der Eventualfall des § 802, sowie § 805 nicht in Betracht kommen, da es einmal an der Klageerhebung fehlt, in beiden Fällen aber streitig nicht das materielle Rechtsverhältniss ist, sondern der prozessuale Arrestanspruch. Analog verhalten sich §§ 815, 816 hinsichtlich des Erlasses einer einstweiligen Verfügung.

Während bisher auf Klageerhebung und materielles Rechtsverhältniss Nachdruck zu legen war, sind die in Frage kommenden der Klage analogen Angriffshandlungen nach dem 3. Merkmal, d. h. der Fähigkeit, als Rechtsschutzhandlung Urtheil zu extrahiren, zu beurtheilen. Neben der Klage selbst (nach §§ 230, 231) sind hier zunächst deren Modifikationen zu nennen, welche das Gesetz in Konsequenz der zur Herrschaft gebrachten Verhandlungsform zulässt: die Klageänderung mit Genehmigung oder ohne Widerspruch des Beklagten (§§ 235 Ziff. 3; 241), Klagserweiterung (§ 240 Ziff. 2) ferner die Incidentfeststellungsklage und Widerklage (§ 253). Diese die Widerklage, welcher die oben erforderte Potenz gleich der Klage zukommt — man vergegenwärtige sich den Fall der Klagszurücknahme — hat eine der letzteren völlig analoge Behandlung zu erfahren. Auch der Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl, wie der Einspruch gegen den Vollstreckungsbefehl, lassen sich unschwer hier

anreihen. Für den ersteren folgt dieses Ergebniss aus den §§ 635, 633, 636 CPO., soweit die amtsgerichtliche Zuständigkeit reicht, während der Fall landgerichtlicher Kompetenz nach dem Postulat des § 637 unter den Normalfall zu subsumiren ist.

Hinsichtlich des Einspruchs genügt es, auf die durch § 640 angeordnete analoge Anwendung der §§ 303 ff. insbesondere 308 zu verweisen. Wenn man zudem an der Aufstellung des E. als eines — in seinen Wirkungen verstärkten — Widerspruchs festhält, ergeben sich nach dieser Richtung keine Schwierigkeiten; hingegen sollte man mit Rücksicht auf §§ 639, 640 Satz 1 erwarten, dass bereits in einem früheren Zeitraum, nämlich nachdem mit dem Gesuch um Erlassung des Zahlungsbefehls bezw. diesem selbst das Gesuch um Vollstreckbarkeitserklärung verknüpft worden ist, die Voraussetzung für Abschluss des PV. erfüllt sei. Diese Konsequenz zu ziehen, erscheint de lege lata nicht angängig. (Vgl. o. S 17.)

Zu etwas weiterem Ausholen gibt die Kompensationseinrede Anlass. Je nachdem in ihrer Geltendmachung Erhebung von Angriffsanspruch erblickt wird oder nicht, ist der auf sie basirte PV. theoretisch verschieden zu konstruiren.[1]) Nach richtiger Ansicht liegt in

[1]) Man fasse folgende Möglichkeiten ins Auge unter Zugrundelegung des Falls, dass A. Klagsanspruch erhoben habe, gegen welchen B. Kompensationseinrede vorbringt. Die Verhandlung findet im ungetrennten Verfahren statt Betrachtet man die KE. lediglich als Vertheidigungsmittel, ist Angriffsanspruch nicht erhoben worden, so ist auch kein Verzicht auf denselben denkbar; der alsdann vorliegende Verzicht auf Vertheidigungsanspruch fällt nicht unter die gegenwärtige Betrachtung. Im andern Fall ist der über den Kompensationsanspruch geschlossene PV. analog dem über erhobene Widerklage zu beurtheilen. Sichtlicher werden die Unterschiede, zu denen die verschiedenen Theorien führen, wofern das Gericht gemäss § 136II getrennte Verhandlungen angeordnet oder nach § 274 Theilurtheil erlassen hat. In dem ersten der vorhin angenommenen Fälle ist nothwendige Konsequenz, nachdem das materielle Kompensationsrecht noch nicht rechtshängig geworden und demzufolge nicht geblieben ist, dass, falls über dasselbe eine Entscheidung erzielt werden will, diese auf dem Wege gewöhnlicher Klagestellung gefordert werde. Das Weitere ergibt sich von selbst. Andere wollen unter der gleichen prinzipiellen Annahme auch in dem zweiten Prozess bei gleichbleibenden Parteirollen Entscheidung über den Klagsanspruch und zwar hinsichtlich des Aufhebungsgrundes der Kompensation — herbeigeführt sehen. Hiernach ist PV. im Falle des § 136II wohl denkbar, selbst wenn der zweite Prozess nicht vor dem Gericht der Hauptsache geführt wird, denn das Gesetz erklärt die Verzichtserklärung vor jedem deutschen Gericht als zulässig. Im Falle des § 274 jedoch ist der Angriffsanspruch durch richterliche Schutzhandlung bereits befriedigt, — die Klagsabweisung bleibt ausser Betracht —

dem Vorbringen der KE. eine bedingte Widerklage, — bedingt durch

PV. wäre somit ausgeschlossen. Damit scheint die Theorie ad absurdum geführt. Die Theorie der „unentwickelten Widerklage" endlich betrachtet den Kompensanten im Neben- und Hauptprozess als Widerkläger; der Prozessvergleich ist hier wie beim Normalfall zu behandeln.

Die Unerlässlichkeit einer bestimmten Stellungnahme ist hiernach einleuchtend. Die Kontroverse, die naturgemäss hauptsächlich auf praktischem Rechtsboden sich bewegt, spitzt sich auf die Frage zu, ob durch die KE. Rechtshängigkeit begründet werde oder nicht. Bejahend treten hiefür ein: Schollmeyer, die Kompensationseinrede im deutschen Reichszivilprozess, Berlin und Leipzig 1884; derselbe in Gruchots Beitr. Bd. XXXI, woselbst S. 222 erschöpfende Aufzählung der weiteren Autoren; ferner Hellmann Lehrbuch, S 457 fg., Planck Lehrbuch I S. 272; zweifelhaft Wach Vorträge, S. 104, Handb. I S. 537. Als Gegner sind aufgetreten Petersen in Gruchots Beitr. Bd. XXX S. 1 fg. und in den dort alleg. Abhandlungen in Buschs Zeitschr. f. d. CP., ferner in Gruchots Beitr. Bd. XXXI S. 535 ff. von Wilmowski-Levy zu § 136 Abs. 2, Seuffert zu § 136 Note 5; dortselbst weitere Literaturangaben; endlich RG. in mehreren Entscheidungen, z. B. S. d. E. Bd. XVI S. 371. Uebrigens besteht keineswegs Einmüthigkeit in der Judikatur. Von weiteren Ansichten, welche wiederum im Einzelnen Abweichungen enthalten, kann hier abgesehen werden. Wir nehmen als Ausgangspunkt der Entscheidung für eine der Theorieen wiederum die Frage, ob das Prozessgesetz ein Urtheil über den prozessualen Kompensationsanspruch kennt, und zwar eine für die endgültige Regelung des in Streit befangenen materiellen Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien massgebende Entscheidung. Die Frage fällt zusammen mit der nach der Bedeutung des § 293 Abs. 2 CPO. Nach Windscheid Pandekten, II § 349 Ziff. 3 und Dernburg II § 64 S. 177 nehmen wir an, dass die fragliche Entscheidung hinsichtlich der Kompensationsforderung ausspreche: 1) dass dieselbe bestehe, 2) dass durch ihr Bestehen — bis zur Höhe der Klagforderung — diese in ihrer Wirksamkeit gehindert sei. Der Ausspruch ad 2 ist nicht aufzufassen als Folge eines gesonderten Klagbegehrens, sondern als nothwendige Folge der richterlichen Anerkennung sub 1: ipso iure compensatur.

Die Wirkung dieser Feststellung bedeutet zunächst nur eine Besserstellung des Beklagten. Allein indem dessen Gegenforderung zur Aufrechnung gegen die Klagsforderung verwendet wird, erschöpft sie sich selbst, und dieser Zustand der Wirkungslosigkeit entspricht der Dauer des zwischen Kläger und Beklagtem schwebenden Rechtszustandes, aus dem heraus der Richter die Grundlage für sein Feststellungsurtheil hinsichtlich der Klagsforderung fand. Es entspricht völlig den über die res iudicata geltenden Grundsätzen, wenn der Beklagte die richterlichen Feststellungen nunmehr auch gegen sich gelten lassen muss, wenn demnach einer Klage seinerseits die e. r. i. entgegensteht. Man möchte auf diese Weise dazu gelangen, die Entscheidung des § 293 II, soweit dieselbe in ungetrenntem Prozess ergeht, allerdings auf einen von dem Beklagten erhobenen Angriffsanspruch zu gründen, aber lediglich auf einen Feststellungsanspruch. A. M. Osann, Beiträge zur Behandlung der KE., Darmstadt 1886.

Die Fälle der getrennten Verhandlung erfordern gesonderte Berücksichtigung. Zwar wenn gemäss § 136 II die Entscheidung zu Gunsten des Kompensations-

die Möglichkeit richterlicher Anerkennung der Klagsforderung.[1]) Erfolgt Trennung der Prozesse nach § 136 II oder 274, so sind je zwei getrennte, entweder parallel laufende oder einander folgende Prozesse gegeben,[2]) von denen je einer den Kompensationsanspruch zum Gegenstand hat, und die Befriedigung des auf Grund des materi-

anspruchs ergeht, bevor der Angriffsanspruch des Klägers im Hauptprozess entschieden ist, erfüllt das Urtheil in gleichem Umfang, wie oben, seine Wirkung, sei es, dass das Gericht nach § 140 die angeordnete Trennung der Prozesse wieder aufhebt, sei es, dass der Beklagte seinerseits den ausgeschiedenen Stoff durch Produktion der erlangten Entscheidung wieder in den ersten Prozess hineinträgt, in welchem es für ihn nur noch Anerkennung der oben sub 2 bezeichneten Wirkung zu erlangen gilt. Ist dagegen der Hauptprozess schon entschieden, sei es im Verfahren nach § 136 oder nach § 274, so hat das Gericht desselben, sofern es ein von dem des Nebenprozesses verschiedenes ist, keinerlei Ursache, sich mit der Sache neuerdings zu befassen; übrigens selbst wenn der Beklagte nachträglich mit einem obsieglichen Urtheil Anerkennung seines Rechts, wie im vorigen Fall erlangen würde, so wäre ihm damit schlecht gedient. Eine in diesem Fall ergehende Sentenz muss deshalb neben der Feststellung zugleich eine Verurtheilung enthalten; Modifikationen ergeben sich im Einzelnen nach der Lage des Vollstreckungsprozesses (§ 691 Ziff. 1, 2 und 4). Dieses Moment tritt deutlicher hervor nach beendigter Vollstreckung. Verurtheilung setzt Leistungsanspruch voraus. So erscheint es in der That erforderlich, in den letzteren Fällen eine „in der Kompensationseinrede verborgene", hier auf Feststellung und Leistung gerichtete Widerklage anzunehmen, die freilich im Gegensatz zu der ordentlichen Widerklage von besonderen Voraussetzungen hinsichtlich der Klage abhängig ist.

Das Fehlen dieser Bedingungen entkleidet die Kompensationseinrede ihres „widerklageartigen" Charakters und lässt sie nur als Vertheidigungsmittel bestehen.

[1]) Der weiteren von Schollmeyer a. a. O. S. 52—71 und in Gruchots Beitr. Bd. XXXI S. 231 vorgenommenen Unterscheidung zu folgen zwischen Kompensiren mit einer rechtshängigen Forderung und einer solchen, hinsichtlich deren Rechtshängigkeit nicht besteht, welch erstere Fälle wiederum ausgeschieden werden, besteht nach dem Gesetz kein zwingender Grund. Die Leugnung der Rechtshängigkeit führt allerdings zu dem befriedigenden Ergebniss, dass die KE. gegen mehrere Klagen desselben Klägers zuzulassen ist, ohne der exceptio r. i. i. d. zu begegnen. Indess auch bei dieser Annahme ist das Durchdringen des Beklagten davon abhängig, dass der andere Prozess während des Hauptprozesses zur Entscheidung gelange, oder bestimmt sich danach, ob das Gericht von der Aussetzungsbefugniss Gebrauch macht. Von dieser wird es aber im Zweifelsfalle auch Gebrauch machen, wenn dem Kompensanten Rechtshängigkeit entgegengesetzt worden ist. Andernfalls wird aber hier wie dort Theilurtheil ergehen, gegenüber dessen Vollstreckbarkeit nichts übrig bleibt, als den Beklagten auf die Möglichkeit, Arrest oder einstweilige Sicherstellung zu erlangen, hinzuweisen.

[2]) Osann a. a. O., S. 30 ff.

ellen Kompensationsrechts erhobenen Angriffsanspruchs als Zweck. Es ist deshalb in der That die Kompensationseinrede den aufgezählten prozessualen Angriffsformen beizuzählen; Verzicht auf (prozessualen) Kompensationsanspruch ist zur Grundlage des PV. geeigenschaftet.

II. Schon an anderer Stelle[1]) wurde bemerkt, dass das Gesetz zur Verfolgung des Prozessanspruchs Rechte im Prozess gewährt, über die unter Herrschaft der Verhandlungsform durch Handlungen (Prozesshandlungen im weitesten Sinne) oder Unterlassungen zu disponiren, um entsprechende Handlungen von Seite des Gerichts zu provoziren, den Parteien freisteht. Die Prozesshandlungen selbst sind vom Gesetz ein für allemal unabänderlich festgesetzt und im einzelnen normirt. Nun aber wird durch die Prozesshandlungen nicht nur über den Prozessanspruch disponirt, sondern indirekt auch über das materielle streitige Rechtsverhältniss. Ihr Gebrauch oder Nichtgebrauch erscheint gewissermassen als Durchgangspunkt für die Ausübung materieller Dispositionsbefugniss, solange die Sache anhängig ist. Hieraus muss die Folge abgeleitet werden, dass dieselben, insoweit letztere Beziehung reicht, die vom Parteiwillen intendirte mit der Dispositionsbefugniss in Widerspruch stehenden Wirkung nicht äussern können. Was von der Prozesshandlung gilt, hat gleiche Geltung für deren Unterlassung. Eine hierauf gerichtete ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärung, d. h. ein Verzicht, hat insoweit keine Wirkung, als der Partei die Befugniss, in dieser Weise zu disponiren, entzogen ist. Wenn nun der Verzicht auf Prozessanspruch den Verzicht auf sämmtliche Prozessrechte in sich schliesst, so folgt aus der Unzulässigkeit des letzteren die Unzulässigkeit eines Verzichts der ersteren Art: Verzicht auf Angriffsanspruch ist ausgeschlossen, wo Dispositionsprinzip keine Geltung hat.

Die Wichtigkeit dieses Satzes für den PV. macht eine Aufzählung derjenigen Prozedurarten nothwendig, in welchen aus dem besagten Grunde kein Raum für denselben ist. Zur Erkenntniss derselben dürfte folgende für das Offizialverfahren im Civilprozess überhaupt aufgestellte,[2]) hier jedoch der Besonderheit der Fälle angepasste Regel zweckdienlich sein.

[1]) Seite 50 fg.

[2]) Vgl. die allegirte Abhandlung von Birkmeyer in Buschs Zeitschrift f. d. CP. Bd VII S. 155 ff., 165 u. 375 ff., welche eine systematische Darstellung des Offizialverfahrens im Civilprozess enthält.

„Läuft der Verzicht auf Angriffsanspruch dem öffentlichen Interesse zuwider, insofern dieses Herstellung materieller Wahrheit erfordert, jener, der Verzicht aber die Herstellung selbst formeller Wahrheit ausschliesst, so ist derselbe und damit PV. ausgeschlossen."

Aber nur in diesen Fällen.[1]) In anderen, in welchen der Verzicht im privaten und öffentlichen Interesse zugleich liegt, ist kein Grund abzusehen, warum er nicht volle Wirksamkeit äussern sollte. Die allgemeine Regel, dass die Aktivität des Staates im Civilprozess an seinem Interesse ihre Grenze finden, greift auch hier durch.[2])

Von jener ersteren Art ist vor allem der Ehe-Nichtigkeitsprozess. Das der Ehe anhaftende impedimentum dirimens publicum drängt „kategorisch" zu deren Auflösung. Dem dieselbe gebietenden öffentlichen Interesse würde ein Verzicht auf den hierauf geltend gemachten Anspruch direkt widersprechen. Zu demselben Ergebniss führen positive Bestimmungen des Gesetzes selbst. § 577 schliesst die Bestimmungen über Wirkung des Anerkenntnisses von der Geltung in Ehestreitigkeiten, insbesondere also im Nichtigkeitsprozess aus.

[1]) Heinze a. a. O., S. 273 spricht von einem „kategorischen Anspruch der Rechtsverhältnisse auf Verwirklichung".

[2]) So beim Ehescheidungsprozess Der auf den materiellen Ehescheidungsgrund gestützte Scheidungsanspruch verpflichtet das Gericht, bei gegebenen Voraussetzungen die Ehe zu trennen. Andrerseits hat der Staat an Aufrechterhaltung der Ehe ein Interesse, das im Gesetz (§§ 570 ff., 576, 580 ff.) positiv zum Ausdruck gekommen ist. Wird nachmals auf Grund klägerischen Anspruchsverzichts PV. vereinbart, so ist öffentliches Interesse gleichmässig gedeckt.

Birkmeyer a. a. O. geht weiter, indem er beim Ehenichtigkeits- und Entmündigungsprozess (im Gegensatz zum sonstigen Offizialverfahren) die Privatbetheiligten zwar in der Rolle der Mitinteressenten belässt, die Anspruchsberechtigung jedoch denselben entzieht und dem Staat allein überweist (S. 194 ff., S. 386 bei Note 200, S. 210 Note 130 u. s. w.). Dadurch wird die Grundlage dieser Prozessarten eine völlig veränderte. In der That behandelt sie Birkmeyer de lege ferenda nach Analogie des Privatklageverfahrens im Strafprozess. Das geltende Recht unterstellt die bezeichneten Streitigkeiten dem Verfahren, welches die Feststellung der Ansprüche der Privatrechtssubjekte zum Gegenstand hat; für das Nichtigkeitsverfahren sind den Ehegatten in § 586 Abs. 2 ausdrücklich die Parteirollen zugetheilt, die in § 577 ff. für den Eheprozess gegebenen Verfahrensvorschriften werden auch auf den Nichtigkeitsprozess, soweit nicht § 585 fg. entgegensteht, nach § 611 auch auf das Entmündigungsverfahren angewendet.

Von einem pflichtgemässen Einschreiten des Staatsanwalts zu reden (a. a. O. S. 210), dazu dürften doch §§ 586, 595, 620, wo überall von blosser „Befugniss" die Rede ist, nicht berechtigen.

Anerkenntniss und Verzicht auf Vertheidigungsanspruch sind identisch, soweit ersteres zugleich Verzicht auf Prozessanspruch ist. Dabei vergegenwärtige man sich noch, dass die Ausdrucksweise „Wirkungen d. A." mit Rücksicht daraufgewählt wurde, dass das A. zugleich materielles Erkenntnissmittel für den Richter bildet, also nicht völlig aus dem Eheprozess elidirt werden durfte. Andrerseits aber ist die prozessuale Wirkung mit der Erklärung des rechtsgeschäftlichen Willens erschöpft. In letzterer Beziehung verfügt somit das Gesetz den totalen Ausschluss des Anerkenntnisses.

Unter den nämlichen Gesichtspunkten ist der kontradiktorische Entmündigungsprozess bei Geisteskrankheit zu beurtheilen (§ 605, 620 CPO.). Auch hier ist durch Bezugnahme auf § 577 in §§ 611, 620, positiver Gesetzesanhalt, wie vor, gegeben.

Diesen beiden Verfahrensarten sind gegenüberzustellen der Prozess über die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens, der Ehescheidungs- aber auch der Ungültigkeitsprozess, endlich die Entmündigung eines Verschwenders. Die Grenzen, jenseits deren Abschluss von PV. unzulässig ist, werden hier bestimmt durch das staatliche Interesse an Aufrechthaltung der Ehen, letzternfalls durch die Gewähr persönlicher Freiheit auf allen Rechts- und Wirthschaftsgebieten (vgl. § 621 I „nur durch Beschluss . . ."). Diesseits derselben ist aber PV. unbedenklich zuzulassen.[1]) Das gewichtigste Argument hiefür wird mit Recht darin gefunden, dass auch die Erhebung des Angriffsanspruchs völlig in das Belieben des Privaten gestellt ist und dass ferner die Zurücknahme der Klage, welche ebenso wie der PV. den Anspruchsverzicht bekundet, durch keine Bestimmung des Gesetzes ausgeschlossen ist.

III. Nach der subjektiven Seite gibt der prozessuale Verzicht im PV. zu folgenden Bemerkungen hinsichtlich desselben Anlass:

Ausser dem Kläger etc. ist zum Abschluss des PV. vor Allem befugt der Prozessbevollmächtigte und der gesetzliche Vertreter — eine aus der Prozesshandlungsnatur des Verzichts resultirende Konsequenz.[2]) Die Frage nach dem Anwaltszwang wird wichtig bei V.-Abschluss vor Landgerichten und Gerichten höherer Instanz. Vor

[1]) Birkmeyer a. a. O., S. 383.
[2]) S. Anhang (S. 74 fg.).

dem Amtsgericht, dem ersuchten oder beauftragten Richter ist die Partei selbst hiezu befugt. Für den Anwaltszwang stellen §§ 741 mit 81 die einschlägigen Normen auf. Raum für ein Selbstthätigwerden der Partei ist hienach nur, soweit dieselbe mit erschienen, Geständnisse und andere thatsächliche Erklärungen des bevollmächtigten Anwalts sofort widerruft oder berichtigt. Im Uebrigen verpflichten des letzteren Prozesshandlungen die Partei gleich ihren eigenen. Der Unterschied zwischen materiellem und prozessualem Anspruch wurde schon zur Genüge betont. Lediglich über ersteren gewährt das Gesetz der Partei beschränkte und indirekte Disposition Ueber den letzteren ist dem Gericht gegenüber der Anwalt ausschliesslich verfügungsberechtigt. Demnach unterliegt der PV. dem Anwaltszwang, sofern er vor Landgerichten (einschliesslich der Kammern für Handelssachen) und höher instanziellen Gerichten abgeschlossen werden will.

Einer kurzen Würdigung für unser Institut bedarf weiter die vom Gesetz gewährte Möglichkeit einer Mehrheit der Subjekte in der Kläger- oder Beklagtenrolle.

Im Normalfall des § 58, nämlich „soweit nicht aus den Vorschriften des bürgerlichen Rechts oder der CPO. sich ein anderes ergibt", ist jeder Streitgenosse selbständige Partei (Motive S. 80, 81), Verzicht und Anerkenntniss wirken nur gegen den einzelnen Streitgenossen, infolgedessen derselbe durch Theilurtheil, aber auch durch Versäumnissurtheil (Mot. S. 81) gänzlich aus dem Prozessverhältniss ausscheiden kann. In entsprechender Ausdehnung des gesetzgeberischen Gedankens erscheint es unbedenklich, für jeden Streitgenossen die gesonderte Erklärung des Verzichts auf Angriffsanspruch zuzulassen. Anders jedoch, wenn die Ausnahmsfälle des § 58, die Fälle des § 59 vorliegen. Die Natur des Prozessanspruchs, wie der richterlichen Rechtsschutzpflicht schliessen hier Verzicht eines einzelnen der mehrere Litisconsorten aus. Die in § 59 für die Vertretung der Säumigen angeordnete Fiktion bietet einen Beweis für diese Ansicht.

Was die Fälle der Intervention betrifft, so verursacht zunächst der Hauptintervenient (§ 61) keinen Zweifel. Derselbe wird, indem er den bisherigen Kläger in die Beklagtenrolle drängt, wirkliche Partei, verfügt als solche frei über den eigenen Anspruch, einschliesslich des Verzichts auf denselben. Den Nebenintervenienten ermächtigt

§ 64 zur wirksamen Vornahme aller Prozesshandlungen mit der dort bestimmten Einschränkung; wie sich ergeben wird, enthält der PV. Prozesshandlungen; eine solche ist jedenfalls der Verzicht auf AA.; trotzdem wird dem Nebenintervenienten die Befugniss zum V.-Abschluss abgesprochen. Wenn wir, wie oben, das Recht auf Vornahme der Handlung im Prozess schlechthin, und das Recht auf wirkungsvolle Vornahme der Prozesshandlung und zwar mit Erstreckung der Wirkung auf Prozess- und materiellen Anspruch auseinanderhalten, so wird sich aus dem Umstand, dass dem Nebenintervenienten Disposition über den materiellen Anspruch versagt ist, während andrerseits Verfügung über den Prozessanspruch erstere in sich schliesst, die Thatsache genügend erklären lassen. Die Erklärung lässt sich auch durch Hinweis auf die Doppelnatur des PV. geben. Weil der PV. zugleich Vertrag über das materielle Rechtsverhältniss, überschreitet sein Abschluss die Verfügungsgewalt des Nebenintervenienten.[1]) Eine andere ist die Stellung des Nebenintervenienten in den Fällen des § 66. Hier ist der Streitgegenstand auch sein eigener, seine Befugniss, auch materiell wirksame Prozesshandlungen vorzunehmen, ausser Frage. Die Untheilbarkeit des Prozessanspruchs, die Einheitlichkeit der richterlichen Rechtsschutzpflicht zwingen trotzdem, ihm Abschluss des PV. zu versagen, sofern nicht solcher zwischen dem primären Kläger oder Beklagten und seinem Gegner gleichfalls zu Stande kommt.[2])

IV. In objektiver Richtung ergibt sich aus der prozessualen Verzichtserklärung für den PV. zunächst, dass eben dieselben Erscheinungsformen, in welche der Angriffsanspruch gekleidet ist, auch durch den Verzicht getroffen werden können. So verzichtet im PV. der Kläger auf den (prozessualen) Klagsanspruch, d. h. den mit der Klage erhobenen Angriffsanspruch, der Widerkläger auf den Widerklagsanspruch, der Gesuchsteller im Mandatsprozess auf den Mandatsanspruch nach erhobenem Widerspruch oder Einspruch, endlich der Kompensant auf den Kompensationsanspruch. Irrelevant ist die In-

[1]) Aehnlich Wach a. a. O., S. 641 ff. Andere sprechen dem Intervenienten die Fähigkeit ab, PV. abzuschliessen, weil er keine Prozesshandlung sei; so von Wilmowski-Levy, § 64 CPO. Note 1, Seuffert § 64 Note 2 g, u. s. w.

[2]) S. übrigens Wach a. a. O., S. 652.

stanz: demnach unterliegt in gleicher Weise dem Verzicht der Klagsanspruch, wie er in der Berufungsinstanz sich darstellt als Berufungsanspruch — als Revisionsanspruch, als Beschwerdeanspruch; bei letzterem ist jedoch zu prüfen, ob Gegenstand des Anspruchs das materielle Streitverhältniss in irgend einer bestimmten Richtung oder ein formeller, prozessualer Vortheil sei; in ersterer Beziehung ist an den Anspruch auf Kostenerstattung, an gewisse Ansprüche, die sich in Zwischenstreiten ergeben, zu denken; hier ist Prozessvergleich zulässig; in den übrigen Fällen mangelt es zudem an der Dispositionsfähigkeit der Parteien; die Prozessrechte nebst ihren Voraussetzungen sind vom Gesetz in unabänderlicher Weise festgestellt.

Dagegen ist Verzicht auf Angriffsanspruch, wie schon erwähnt, nicht Verzicht auf das jeweils seiner Geltung nutzbar gemachte prozessuale Mittel. Umgekehrt schliesst allerdings letzterer den ersteren in sich: wo Klags- etc.-Zurücknahme, ist mit dieser auch Verzicht auf AA. erklärt, ohne dass dieselbe aber mehr wäre, als eine der möglichen Erscheinungsformen jenes Verzichts. Die Erklärung des Verzichtswillens im PV. wird selten ausdrücklich erfolgen. Sie liegt in der Kundgabe des Vergleichswillens an das Gericht. Eine mit dem PV. verbundene — in der Praxis häufig vorkommende — ausdrückliche Klagszurücknahme kann zum mindesten nach dieser Richtung Bedeutung nicht beanspruchen.[1])

[1]) Vgl. Planck I S. 301. Der Fall ist vergleichbar demjenigen, in welchem statt der Ladung nach § 636 CPO. wiederholt Klage zugestellt würde. Es muss demnach zum mindesten als rechtlich wirkungslos erachtet werden, wenn der Kläger im Prozessvergleich ausdrücklich die Klage zurücknimmt. Man denke auch an die Konsequenzen der Klagszurücknahme (§ 243III CPO.). Der durch PV. beendigte Rechtsstreit müsste danach als überhaupt nicht anhängig geworden betrachtet werden, während doch die Wirkungen dieses Zustandes auch abgesehen von der allerdings zweifelhaften Rechtskraft in der Vollstreckung aufs evidenteste bemerkbar werden; woraus sollen, wenn sich Auslegungsschwierigkeiten des V.-Vertrages ergaben, diese gelöst werden, wenn nicht aus den Erklärungen der Parteien in dem („nicht anhängig gewordenen?") Prozess? — Man kann sich hiegegen auf das Gesetz berufen, welches ausdrücklich nur der Zurücknahme der Klage und dem rechtskräftigen Endurtheil die Kraft, Rechtshängigkeit zu beendigen, verleiht. Dauert aber Rechtshängigkeit nach geschlossenem PV. in gleicher Weise wie nach nicht zugestelltem Endurtheil fort, so wird der Beklagte in einem ev. neuen Prozess über denselben Gegenstand eines prozessualen

Noch weniger ist der PV. Verzicht auf ein einzelnes, wenngleich selbständiges Angriffsmittel (§ 275) z. B. einen einzelnen Klaggrund, Replik u. s. w. Der Angriffsanspruch besteht fort, wenn auch der Kläger auf den selbständigen Klagegrund des Wechsels verzichtet, und nunmehr auf Grund des Schuldscheins weiterstreitet.

Die Verzichtserklärung kann sich erstrecken auf den Angriffsanspruch in seiner Totalität oder auf einen Theil desselben.[1]) Im letzteren Falle erklärt der Angreifer, auf seinen Anspruch gegen das Gericht, soweit er diesen oder jenen quantitativ oder qualitativ begreifbaren Theil des verlangten materiell rechtlichen Vortheils beziele, zu verzichten. Ob sich damit ein materieller Anspruchsverzicht verbinde, ist quaestio facti.

Gleichgiltig für Wirksamkeit und Bedeutung des prozessualen Verzichts ist das Motiv, dem er entspringt. Die Verzichtsgründe können höchstens als Auslegungsbehelfe für den civilrechtlichen Verzichtsvertrag relevant werden.

V. Die Verzichtserklärung erfolgt an das Gericht — nicht an den Beklagten, eine aus der rechtlichen Natur des Angriffsanspruchs sich ergebende Folge — und zwar zunächst an das Prozessgericht. Dass sie auch geschehen könne an den ersuchten oder beauftragten Richter, ist mit dessen Stellung im Prozess wohl vereinbar, soferne der Rechtsstreit insoweit vor ihn gebracht wurde (§ 268 CPO.). Liegt dagegen die Entgegennahme der Vergleichserklärungen ausser-

Behelfs, der Einrede der mangelnden Kostenerstattung (§ 247 Ziff. 5 mit 243 IV) beraubt, sonach in eine ungünstigere Lage insofern gebracht, als er sich materiell einlassen muss, um die exceptio transactionis (vgl. Risch a. a. O. S. 172 fg.) vorzubringen. Schon Planck a. a. O. S. 272 fg., hat noch andere Fälle genannt, welche ebenfalls (vgl. insbes. Ziff. 2) Rechtshängigkeit beendigende Wirkung haben. Diesen wäre der PV. mit Rücksicht auf den in ihm enthaltenen Anspruchsverzicht anzureihen - vgl. Wach in Gruchots Beitr. Bd. XXX S. 790 Anm. 24, ferner Fitting Lehrbuch, § 43 III. Man kommt auf diese Weise dazu, dem PV. Rechtskraft zugestehen zu müssen.

[1]) Kraft positiver Gesetzesvorschrift könnte man dazu kommen, solche Theilbarkeit auch anzunehmen im Fall des § 276. Allein, wenn auch das über den Grund des Anspruchs ergangene Urteil selbständig der Rechtskraft fähig ist, so verbietet doch gegenüber der offensichtlich mehr aus Utilitätsgründen getroffenen Bestimmung der Wortlaut des § 702 Ziff. 1 und im Zusammenhalt damit der Begriff des „Streitgegenstands“ die Folge zu ziehen (vgl. oben S. 22). Im Uebrigen ist die Frage, ob im einzelnen Fall es ein Theil des Anspruchs sei, der Gegenstand des PV. bilden soll, nach der Möglichkeit richterlicher Entscheidung gemäss § 273 f. CPO. zu beantworten.

halb seiner Competenz, so erübrigt nichts, als die positive Gesetzesvorschrift, wie schon geschehen, mit dem rein passiven Verhalten, das er gegenüber den Paciscenten zu beobachten hat, zu erklären.

Die weitgehende Vorschrift des § 702 Ziff. 1, welche vor jedem deutschen Gerichte, PV.-Abschluss für zulässig erklärt, zwingt, dessen Stellung nach Analogie der Rechtshilfe aufzufassen.[1]) Unter diesem Gesichtspunkt erscheint mit „deutschem Gericht" nur das ordentliche Gericht getroffen; denn für die streitige Rechtspflege lediglich, soweit sie den ordentlichen Gerichten übertragen ist, sind die Vorschriften über Rechtshilfe in § 157 mit §§ 12, 13 GVG. gegeben.[1])

VI. Was die Form der Verzichtserklärung betrifft, so greift das Gesetz, nachdem es eine einheitliche Form für solche nicht gibt, an sich also §§ 243. 278 u. s. w. in Frage kommen, durch § 702 Ziff. 1 in zweckmässiger Weise allenfallsiger Unsicherheit vor. Es verlangt, dass dieselbe geschehe direkt an das Gericht. Dies ist der Sinn jener Stelle, soweit sie den PV. als prozessuale Handlung im Auge hat. Das „vor" kann hier keine andere Bedeutung haben, als „in unmittelbarer Gegenwart". Wenn dies aber der Fall, so folgt, dass die Erklärung im Einzelnen in der Art zu geschehen habe, wie Erklärungen in der Sache selbst der im gegebenen Fall zuständigen Richterbehörde, um wirksam zu sein, überhaupt abgegeben werden müssen. Demnach ist der Verzicht auf Angriffsanspruch auszusprechen dem Prozessgericht in mündlicher Verhandlung (arg. §§ 146 mit 119 CPO.), oder aber er muss unmittelbar erklärt werden dem ersuchten oder beauftragten Richter (arg. §§ 268 mit 151),[1]) oder endlich in gleicher Weise irgend einem ordentlichen deutschen Gericht.

Es ist aber nicht gefordert, dass die an das Gericht ergehende mündliche Erklärung ausdrücklich diesen Verzicht zum Gegenstand habe. Vielmehr kann letzterer und wird in der That meist in konkludenter Weise erklärt. Bezüglich der Bedeutung der protokollarischen Beurkundung ist dem oben (S. 26) Bemerkten nichts hinzuzufügen.

---

[1]) S. Planck a. a. O. S. 306.

[2]) A. M. Planck a. a. O.

[3]) Der Wortlaut des § 151 „ist gleichfalls beizuziehen" weist auf eine analoge Anwendung des § 146 II in den Fällen des § 151 hin; so auch von Wilmowski-Levy § 151 Note 1, Seuffert eod. Note 2.

VII. Es erübrigen noch Bemerkungen über die Zeit, in der die Verzichtserklärung zu erfolgen hat. An die Spitze wird man den Satz stellen dürfen: Verzicht auf Angriffsanspruch kann in jedem Prozessstadium erklärt werden, von dem Augenblick der Erhebung an bis zum Moment seines Erlöschens; — der gewährte Spielraum würde sich hienach mit der Dauer der Rechtshängigkeit decken.

Im Verlauf der Darstellung bereits hat sich jedoch eine Modifikation als nothwendig ergeben hinsichtlich des Anfangs (S. 55), eine weitere ist man genöthigt eintreten zu lassen hinsichtlich des Endtermins. Nachdem die CPO. darüber, ob PV. nach erlassenem aber vor rechtskräftig gewordenem Endurtheil zulässig sei, eine ausdrückliche Bestimmung nicht gibt, liegt es nahe auf eine andere Form des Anspruchsverzichts — die Klagszurücknahme zu rekurriren. Mit Recht wird diese auch in jenem Prozessstadium als angängig erachtet.[1]) Irrthümlich wäre es, sich auf § 292 zu berufen, da hier das Urtheil soweit es ergänzungsbedürftig, Angriffsanspruch nicht befriedigt hat. Es kann aber fraglich erscheinen, ob die erwähnte Analogie der Klagszurücknahme für unseren Fall massgebend sein soll. Gewiss besteht zwischen beiden Fällen die Verschiedenheit, dass mit der Klagszurücknahme zunächst Verzicht auf das prozessuale Mittel (der Klage) und erst implicite auch Verzicht auf den Anspruch auf Entscheidung selbst ausgesprochen wird, während mit dem im PV. ausgesprochenen Verzicht auf AA. zunächst das Angriffsmittel unberührt gelassen wird und der Anspruch auf Entscheidung direkt ergriffen werden will. Eben dieser Anspruch aber ist mit dem Urtheilserlass befriedigt, gegenstandslos geworden: Die Beschreitung der Rechtskraft tritt ein ohne richterliches Zuthun. Der Verzichtserklärung im PV. fehlt es somit an dem Gegenstand und es erscheint in der That korrekt, PV. nach erlassenem Urtheil nicht mehr zuzulassen.

Allenfalls anlässlich ungenauer Formulirung oder sonst irgend geschlossene Vergleiche sind lediglich civilrechtliche Verträge.

---

[1]) So Planck I S. 309, von Wilnowski-Levy § 243 Note 1, Seuffert Note 3a, Struckmann-Koch, Note 3, Schultzenstein bei Rassow-Küntzel Bd. 27 S. 229 fg., Gaupp II 33, von Sarwey I 366. A. M. Kohler, der Prozess als Rechtsverhältniss, S. 76.

B. Verzicht auf Vertheidigungsanspruch.

In der Erhebung des Angriffsanspruchs liegt, wie schon öfters hervorgehoben, zweierlei: Einmal das Begehren nach Entscheidung schlechthin, sodann das Begehren nach günstiger Entscheidung. Solange der Beklagte nicht auch seinerseits Prozessanspruch erhoben hat, besteht das begründete prozessrechtliche Verhältniss lediglich zwischen Kläger und Gericht und es muss infolgedessen dem ersteren jederzeit freistehen, aus demselben wieder auszuscheiden.[1])

Ein in diesem Zeitraum abgeschlossener PV. enthält als einzigen prozessualen Bestandtheil den einseitigen Verzicht des Klägers nach lit. A. Anders, wenn der Beklagte Vertheidigungsanspruch erhoben hat. Auch mit diesem wird ein zweifaches verlangt: einmal Entscheidung schlechthin, sodann günstige Entscheidung durch Abweisung des Klägers. Die Folgen der nunmehrigen theilweisen Gemeinsamkeit des prozessualen Anspruchs wurden bereits erörtert. Sie zwingen zur Annahme eines zum Verzicht auf AA. hinzukommenden weiteren Verzichts des Beklagten auf Vertheidigungsanspruch. Ein derartiger Doppelverzicht ist dem Gesetz in Form der Einwilligung des Beklagten in die klägerische Verzichtsabgabe nicht fremd.[2]) Der Verzicht auf VA. begreift auch hier den Verzicht auf die mit Erhebung desselben vom Prozessgesetz zur Verfügung gestellten Prozessrechte, insbesondere das Recht im Fall klägerischen materiellen Verzichts Urtheil nach § 277 zu beantragen in sich.

Er kann inhaltlich in doppelter Weise gestaltet sein: entweder als Verzicht auf Entscheidung schlechthin, oder als Verzicht auf günstige Entscheidung. Der erstere schliesst zwar den letzteren in sich; allein dieser verdient besonders hervorgehoben zu werden, nachdem ihn die CPO. im Anerkenntniss besonders normirt hat. Behufs leichteren Auseinanderhaltens möchte man ihn als „qualificirten Verzicht auf VA.“ bezeichnen.

---

[1]) § 243 I. Die Kostentragungspflicht des Klägers a. a. O., Abs. 3 ist selbstverständlich, denn die gerichtlichen Organe sind nur in seinem Auftrage und Interesse thätig geworden; ferner arg. e contr. § 277 CPO.: (nur) wenn der Kläger erst bei der mündlichen Verhandlung verzichtet, hat der Beklagte das Recht, Urtheil zu verlangen.

[2]) Planck a. a. O., S. 297, Trutter a. a. O., S. 381.

Das beim Verzicht auf Angriffsanspruch Hervorgehobene gilt in vielen Beziehungen auch hier. Folgende Punkte seien der Wichtigkeit halber ausdrücklich herausgenommen:

Als Formen der Geltendmachung des VA. sind aufzuführen: die verneinende Einlassung als reine Leugnung, die Einrede, Replik, Duplik u. s. w. Nicht hierher gehörig sind die Widerklage, wie die Kompensationseinrede als bedingte Widerklage.

Wegen seiner prozessdispositiven Bedeutung ist der Verzicht ausgeschlossen in den oben hervorgehobenen Prozedurarten des Ehenichtigkeits- und Entmündigungsverfahrens wegen Geisteskrankheit, aber auch in den sonstigen Ehe- und Entmündigungsprozessen, und zwar kraft ausdrücklicher Vorschrift der §§ 577, 611, 620, 624, 626 als „qualifizirter Verzicht auf VA.“,[1]) hingegen in gleicher Weise, wie ein wirksamer Verzicht des Angreifers, in beiden erstgenannten Prozessen als „Verzicht auf VA. schlechthin“. Zugelassen ist der letztere in den übrigen Ehestreitigkeiten und im Entmündigungsprozess wegen Verschwendung, analog der Statthaftigkeit angreiferischen Verzichts.

Was im Einzelnen zunächst jenen „Verzicht schlechthin“ anbetrifft, so ist er wenig ausgestaltungsfähig; das über den V. auf Angriffsanspruch in objektiver Richtung, in Bezug auf Zeit und Ort Ausgeführte, gilt entsprechend auch hier. Dass er in Form einer Einwilligung in den klägerischen Verzicht (aber dem Gericht gegenüber) abgegeben werden muss, wurde schon bemerkt. Mit dem Anerkenntniss, soweit es hier als prozessuales Rechtsgeschäft, „Feststellungsakt“, in Betracht kommt, wird erklärt, dass man den gegnerischen Prozessanspruch als berechtigt anerkenne und demgemäss auf Vertheidigung hiegegen verzichte. Der so geartete Verzicht kann gerichtet sein auf den Vertheidigungsanspruch in seiner Totalität[2]) —

---

[1]) Birkmeyer a. a. O., S. 378 ff.

[2]) A. M. Planck a. a. O., S. 305. Allein es wird von den Civilisten ausdrücklich anerkannt, dass Vergleich auch vorliege, wenn der Anspruch ganz als bestehend anerkannt wird, sofern von der anderen Partei eine Gegenleistung anderer Art gemacht oder versprochen wird; vgl. Windscheid II § 413. Arndts § 269. Diese Gegenleistung kann entweder in der Uebernahme eines Theils der Prozesskosten oder der Uebernahme einer sonstigen Verpflichtung bestehen. RG. E. d. VI. CS. 19 I 88. Juristische Wochenschrift 1888 S. 99.

damit wird der gesammte Prozessanspruch des Gegners anerkannt — oder auf einen Theil desselben. Ein theilweiser Verzicht liegt nicht vor, wenn derselbe sich nur erstreckt auf einzelne, wenn auch selbständige Vertheidigungsmittel.[1])

Die oben (lit. A) über Anwaltszwang, Streitgenossenschaft Intervention aufgestellten Sätze behalten Geltung auch für die gegenwärtigen Verzichtserklärungen.

IV. Der onerose Verzichtsvertrag. Grenzbestimmungen.

Bis jetzt wurde lediglich von den einseitigen prozessualen Verzichtserklärungen der Parteien gehandelt; damit der PV. aber auch Vergleich sei, muss zu diesen noch ein civilrechtlicher Vertrag kommen, der seiner rechtlichen Beschaffenheit nach Vergleichsvertrag ist.

I. Was den Inhalt dieses Vertrags bilde, ergeben folgende Erwägungen:

Die Verzichtserklärungen des Angreifers sowohl wie des Angegriffenen sind mit der Vollendung der Erklärung an das Gericht für diese bindend.[2]) Grund hiefür ist ihre rechtliche Beschaffenheit als einseitige Willensakte, welche sofort den ganzen „Thatbestand des Rechtsgeschäfts erfüllen", den nachher nach Willkür zu beseitigen dem Parteiwillen nicht anheimgegeben sein darf; auch aus der mit der Erklärungsabgabe eingetretenen Erschöpfung rechtlichen Gehörs für die Partei mag man die Erscheinung erklären. Nun wird aber der Feststellungswille nur für den vorliegenden Rechtsstreit erklärt, das rechtliche Gehör nur für den präsenten Prozessanspruch erschöpft. Ueber diesen hinaus kann demgemäss auch nicht von einer Gebundenheit die Rede sein.[3]) Gerade die definitive Erledigung des

[1]) So, wenn primär Darlehen bestritten, eventl. Schenkung behauptet wird. Wenn auf die Einrede der Schenkung auch verzichtet wird, so wird doch der Vertheidigungsanspruch gegen den Klagsanspruch in seiner Totalität durch die Bestreitung aufrecht erhalten.

[2]) Vgl. Wach, Archiv LXII S. 265 fg., Planck a. a. O., S. 302, 329 fg.

[3]) Das Anerkenntniss als Feststellungsakt bindet auch für die höhere Instanz. Beispielsweise wurde in erster Instanz über einen Theil des Streit-

bisher streitigen Rechtsverhältnisses aber ist der gewollte Effekt des PV. Es wird also erforderlich sein, dass die Verzichts- bezw. Anerkenntnisserklärung nächst dem Gericht in bindender Weise auch an den Gegner ergehe, und dass dieser dieselbe annehme.

Der so zu Stand gekommene Verzichts- und bezw. Anerkennungsvertrag ist lediglich nach den Bestimmungen des jeweils geltenden Civilrechts zu beurtheilen, nur so viel ist hier der Vollständigkeit halber hervorzuheben, dass derselbe nothwendiger Weise ein oneroser sein muss, widrigenfalls nicht Vergleich, sondern „verkappte Schenkung" vorliegen würde. Vgl. Windscheid a. a. O.

An sich kann der Vergleichsvertrag den prozessualen Erklärungen vorangehen — dies wird wohl in der Regel geschehen — oder nachfolgen. Im ersteren Fall erweist sich der prozessualische Verzicht lediglich als Erfüllung der paktirten Leistung, die wie eine andere vertragsgemäss übernommene Verpflichtung je nach Auslegung des Vertrags eventuell durch gerichtliche Hilfe erzwungen werden wird. Uebrigens wirkt der Verzicht als prozessualer erst mit dem Moment der Erklärungsabgabe gegenüber dem Gericht, bezw. in Gemässheit des § 779 CPO. mit der Rechtskraft des Urtheils. Von grösserem Interesse wegen der im einzelnen Fall schwierigeren Trennung von prozessualem und materiellrechtlichem Element ist der Fall des nachfolgenden bezw. gleichzeitig geschlossenen Vertrags. Es lässt sich hiefür versuchsweise folgendes Schema aufstellen:

A. Kläger verzichtet vor Einlassung des Beklagten.

Der Vorgang ist entweder der, dass der Kläger den prozessualen

---

gegenstandes PV. abgeschlossen, dessen prozessualer Bestandtheil auf Seite des Beklagten Anerkenntniss war; soweit nicht verglichen, gelangte der Streit in die höhere Instanz. Es steht nun dem Beklagten nicht frei, den Rechtsstreit wieder auf den erledigten Theil des Anspruchs auszudehnen, abgesehen von dem allenfallsigen Widerruf, den man in Ausdehnung des § 263 auch für das Anerkenntniss zulassen will — (Wach Archiv, Bd. LXII S. 254, Planck a. a. O. S. 330 Note 45); wohl aber könnte ihm — immer vorausgesetzt, dass das Anerkenntniss lediglich einseitig erklärt war — nicht verwehrt werden, wegen des anerkannten Theils des Ansprucks seinerseits klagend vorzugehen; ähnlich würde es sich mit dem Verzicht des Klägers verhalten.

Verzicht auf seinen (prozessualen) Klagsanspruch und in diesem das materiellrechtliche Verzichtsanerbieten an den Gegner ausspricht; inwieweit letzteres der Fall, ist quaestio facti. Mit der Annahme Seitens des Beklagten, der sich zugleich zu irgend einer Gegenleistung verpflichtet, ist PV. perfekt: oder der Beklagte macht unter Versprechen einer Leistung Vertragsanerbieten, Kläger acceptirt und erklärt zugleich ausdrücklich oder stillschweigend prozessualen Verzicht. Als konkludente Handlung hat jedenfalls die Erklärung des Vergleichs zu Protokoll zu gelten.

B. Kläger verzichtet nach erfolgter Einlassung.

Hier muss sich mit dessen Verzicht unter allen Umständen verbinden ein Verzicht des Beklagten. Derselbe kann der zeitlich frühere oder spätere sein.

a. Der Kläger erklärt zuerst Prozessverzicht; es ist wiederum quaestio facti, ob derselbe zugleich ein bindendes Verzichtsanerbieten oder lediglich die Einladung zu einem solchen Seitens des Beklagten enthält. Im ersteren Fall wird PV. perfekt entweder mit der Erklärung des „Verzichts schlechthin", sofern in derselben zugleich die Annahme des klägerischen Verzichtsanerbietens ruht, oder mit Erklärung des Anerkenntnisses, sofern mit letzterem zugleich dem Gegner versprochen wird, das Klagerecht anerkennen zu wollen. Hier verbindet sich mit dem Verzichtsvertrag ein Anerkennungsvertrag, der noch erkennbarer hervortritt, wenn der Beklagte in Befolgung der klägerischen Aufforderung zur Offerte zunächst Anerkenntniss erklärt und zugleich dem Kläger verspricht, anerkennen zu wollen. Er kann übrigens diesem auch erklären, „schlechthin verzichten" zu wollen, in welchem Fall der Kläger durch seine Einwilligung den Verzichtsvertrag perfizirt. Die Verzichtserklärung kann wohl Seitens des Beklagten wirksam vor der des Klägers abgegeben werden, sofern sie nur noch existent ist zur Zeit des klägerischen Verzichts. Dass die Erklärungen der Zeit noch völlig unabhängig von einander sind, ist schon hervorgehoben worden. Die Erklärung des Verzichts schlechthin, durch welche sich der Beklagte des Rechts begibt, rechtskräftige Entscheidung zu erlangen, ist als genügendes Zugeständniss seinerseits zu erachten.

b. Der Beklagte erklärt zuerst Anerkenntniss; auch dieser Fall lässt sich entsprechend dem ad a. Bemerkten schematisiren.

Näher auf den Verzichts- bezw. Anerkennungsvertrag inhaltlich einzugehen, besteht hier keine Veranlassung. Es sei jedoch darauf hingewiesen, dass die Konstruktion des PV., wie sie hier versucht, eine einfache Handhabe zur Lösung der Kontroverse bietet, die an die Frage anknüpft, wie die im Civilrecht für gewisse Verträge geltenden Formvorschriften mit „dem Abschluss des PV. vor Gericht“ in Einklang zu bringen seien. Hiezu ist zu bemerken:

II. Sofern lediglich Schriftlichkeit für die Giltigkeit — die Beweisbarkeit kommt nach dem Prinzip der freien Beweiswürdigung nicht mehr in Frage — des Vertrags nothwendig ist, lässt sich diesem Erforderniss im Hinblick auf §§ 146 Ziff. 1, 151 CPO. genügen. Wie steht es aber, wenn zur Giltigkeit desselben Abschluss vor einer bestimmten Behörde erforderlich ist?[1]) Die Frage wird dahin zu

---

[1]) Diese Frage wird insbesondere brennend in den Fällen obligatorischer Notariatsurkunden. Für Bayern kommt hier insbesondere in Betracht Art. 14 Notariatsgesetz vom 10. Nov. 1861. Derselbe verlangt Notariatsurkunden über alle Verträge, welche die Besitzveränderung oder das Eigenthum unbeweglicher Sachen oder diesen gleichgeachteter Rechte, sowie über alle Verträge, welche dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen betreffen, „bei Strafe der Nichtigkeit“. Sofern nun die im Vergleichsvertrag gewährte Leistung in einer derartigen Besitzeinräumung, Eigenthumsübertragung oder Servitutbestellung, Bestellung einer Hypothek besteht, ist zu untersuchen, ob das gerichtliche Protokoll die Not.-Urk. ersetzt. Zink, bayr. Not.-Ges, Art. 14 Note 7 zweifelt, ob der PV. der Vorschrift des Art 14 unterliege, weil derselbe einem rechtskräftigen Erkenntniss gleichstehen soll, und Art. 14 nur beabsichtige, die Kollision mit den Gerichten in Verwaltung der nicht streitigen Rechtspflege zu regeln. Ebenso bayr. OAG., Erk. vom 5. März 1864; (weitere Literatur bei Enderlein, Materialien etc. zum bayr. Notariatsgesetz, Erlangen 1887, S. 50 und 51). Allein letztere Tendenz lässt sich aus dem Gesetz selbst nicht entnehmen. Vielmehr bemerken seine Motive, dass „Wichtigkeit der in Frage stehenden Rechtsverhältnisse und Herstellung voller Gewissheit über den Willen der Betheiligten, die Verhütung weitläufiger und kostspieliger Prozesse“ den Anlass zu der Aufnahme des fraglichen Art. gegeben habe, vgl. Verh. der K. d. Abg. von 1851, Beil. Bd. I S. 31 etc. Es ist schon mehrfach erwähnt worden, dass Schriftlichkeit keineswegs zur Giltigkeit des PV. erforderlich sei, derselbe vielmehr wirksam durch mündliche Erklärungen geschlossen werden könne. Damit wäre aber gerade das Gegentheil von dem durch Art. 14 a. a. O. bezweckten erreicht. Allerdings können sich die

beantworten sein, dass die prozessualen Verzichtserklärungen an das Gericht, die Aufnahme des Vergleichsvertrags dagegen vor der kompetenten Behörde zu erfolgen haben. Nachdem der PV. vor Gericht „abgeschlossen“ sein muss, wird die Vorlage der Vertragsurkunde gleichzeitig oder im Nachgang zu den prozessualen Erklärungen geschehen müssen. Erst nachdem dies geschehen, kann von „abgeschlossenem PV.“ gesprochen werden. Der Protokollirung kommt auch hier nur die regelmässige Zweckmässigkeitsbedeutung zu. Ist dagegen für den materiellen Inhalt des Vertrags Schriftlichkeit nöthig, so wird sie, wenn derselben nicht sonst irgend genügt ist, allerdings, jedoch nur zufolge materieller Rechtsnorm, obligatorisch.

III. Ersichtlich wird das prozessuale Element im PV. insbesondere bei den Wirkungen desselben. Die CPO. hebt unter diesen lediglich die Vollstreckbarkeitsfähigkeit hervor, es ist aber schon oben (vgl. insbes. S. 63 Note 1) bemerkt worden, dass mit derselben die prozessualen Wirkungen noch nicht erschöpft sind. Vielmehr muss man dem PV. auch Rechtshängigkeit beendigende Wirkung zugestehen, und ist berechtigt, insofern die durch denselben erfolgte definitive Regelung des Privatrechtsverhältnisses nunmehr in ähnlicher Weise unter den Parteien massgebend ist, wie die richterliche Entscheidung, auch von einer materiell rechtskraft-ähnlichen Wirkung zu sprechen.

Belege hiefür bieten folgende Beispiele: die Parteien haben Prozessvergleich geschlossen und erscheinen demnächst in öffentlicher Sitzung des Gerichts mit der Erklärung, den Vergleich ändern zu wollen (vgl. Wach Hdbch. I S. 52); der Umstand, dass das Gericht hiezu nicht mitzuwirken befugt ist, erklärt sich daraus, dass durch klägerische (eventl. auch beklagtische Verzichtserklärung) der Prozessanspruch gegen das Gericht zerstört, dieses somit in dieser Sache seiner Rechtsschutzpflicht entbunden ist. Erneute Thätigkeit des Gerichts ist durch neuerlich behaupteten Rechtsschutzanspruch bedingt. Oder: Kläger hat in unterer Instanz über einen von mehreren Ansprüchen sich verglichen. In höherer will er seinen Prozessanspruch wieder auf denselben erstrecken; u. s. w.

Betheiligten mit Art. 22 eod. behelfen. Ohne denselben wäre aber unbedingt Vorlage der notariellen Urkunde zu fordern. Dasselbe gilt in Bayern für Erbtheilungen, welche in Erbschaftsstreitigkeiten Gegenstand von PVen. werden, nach Art. 30 eodem

Die Anfechtbarkeit des PV. aus den civilrechtlichen Gründen des dolus u. s. w. ist in seiner Doppel- bezw. Vertragsnatur begründet. Einen Beleg gegen die prozessuale Konstruktion kann dieselbe nicht bilden.

Die Vergleiche des § 471 CPO. (702 Ziff. 2) blieben ausser dem Rahmen der gegenwärtigen Erörterungen, da es denselben an der nöthigsten Voraussetzung des Prozess-Vergleichs, dem erhobenen Prozessanspruch mangelt. Sie sind civilrechliche Verträge, wie die anderen hier ausgeschiedenen Vergleiche, denen das Gesetz wegen ihrer singulären Bedeutung singuläre Fähigkeiten beilegte. Ferner konnte vermöge der verschiedenen rechtlichen Natur nicht in Betracht kommen der Zwangsvergleich im Konkurs KO. § 160 ff.; (vgl. u. A. Schultze, Konkursrecht S. 120 ff., Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts, S. 452 fg., 589 fg., Löhr in der Zeitschrift für deutschen Civilprozess, Band XVI S. 335 fg.).

Anhang.

Prozesshandlung im Prozessvergleich.[1])

Die Frage nach dem Verhältniss von Prozesshandlung zu PV. wird an Schwierigkeit verlieren, wenn wir an der vorgenommenen Analysirung des letzteren in prozessualen und materiellrechtlichen Thatbestand — prozessualen Verzicht auf Angriffs- oder Vertheidigungsanspruch und civilrechtlichen Vertrag — festhalten. Es ist nun zuvörderst der Begriff der „Prozesshandlung“ zu bestimmen und demnächst zu untersuchen, wie weit sich die Bestandtheile des PV. darunter subsumiren lassen.

[1]) Dass der Prozessvergleich Prozesshandlung sei, wird behauptet von Wach I S. 536, 577 u. s. w. Seuffert § 52 Note 2, Gaupp I S. 190 u. A., während Planck Lehrb., I S. 223 N. 13 S. 229 o. v. Wilmowski-Levy § 52 Note 2, Küntzel in Gruchots Beitr. z. E. d. d. R., Bd. XXIV 777, XXV 327 ff. u. XXVIII 276 u. a. dies bestreiten. Erschöpfende Literaturangaben s. bei Jünger a. a. O. S. 7.

Die CPO. gebraucht den Terminus „Prozesshandlung“ in einer Reihe von §§, ohne jemals eine Definition desselben zu geben. (Vgl. §§ 52, 64, 77, 81, 163, 208, 215, 216, 226, 227 u. s. w.) Ein Blick auf diese Stellen zeigt, dass dieselben mit dem nämlichen Wort nicht überall das gleiche Wesen bezeichnen. Während die §§ 52—226 nach ihrem gesammten Inhalt lediglich Handlungen der Parteien im Auge haben können, will § 267, wie übereinstimmend anerkannt wird und insbesondere in einer langen Reihe von Erkenntnissen ausgesprochen ist,[1]) sowohl Partei- als richterliche Handlungen treffen. Demgemäss wird auch systematisch geschieden, z. B. von Planck I S. 390, 440 ff. Die richterlichen Prozesshandlungen kommen für die gegenwärtige Betrachtung nicht in Frage. Aber auch über die Grenze, welche die Partei-Prozesshandlungen umfassen soll, ist man bisher zu keiner Einigung gekommen.

I. Wenn wir Umfang und Inhalt der PH. zu erfassen versuchen wollen, so bedienen wir uns hiezu zweier anderer prozessualer Begriffe als Ausgangspunkte: nämlich „der Prozessfähigkeit“ und „des Prozesses“. Die CPO. sagt nicht, was sie unter Prozessfähigkeit verstehe, sie beweist durch die Eingangsworte des § 50 „Die Fähigkeit einer Partei, vor Gericht zu stehen“ lediglich, dass sie mit Prozessfähigkeit nichts anderes sagen wollte, als was der gemeine Prozess mit der legitima persona (= Fähigkeit) standi in iudicio bezeichnete (vgl. Wetzell System 2. Aufl. S. 82 Note 33). Die Uebersetzung der CPO. „Fähigkeit der Partei“ ist für manche (vgl. insbes. v. Wilmowski Levy 5. Aufl. S. 82) ein Grund, die Prozessfähigkeit mit dem Parteibegriff verbinden zu wollen, wogegen Wach I S. 533 mit Recht hervorhebt, dass die PO. an mehreren Stellen erkennen lasse, dass sie die Prozessfähigkeit als erste Voraussetzung des selbst oder durch selbstgewählte Vertreter Prozessirens, und zwar gleichgiltig, ob in eigenem oder fremdem Namen, betrachte. Arg. §§ 75 und 86, in denen der Begriff des „prozessfähigen“ nicht mit der Partei, sondern mit der Persönlichkeit verknüpft, die Prozessfähigkeit nicht als eine Qualität der „konkreten Parteieigenschaft“, sondern als eine nothwendige Fähigkeit der vor Gericht auftretenden Person (des Ver-

[1]) Vgl. von Wilmowski-Levy a. a. O., Note 1 Abs. 2.

treters, Beistandes) dargestellt wird. Wie sie aber vom Gesetz ausdrücklich verlangt wird für den Vertreter in der unteren Instanz und Beistand, so ist sie stillschweigende conditio sine qua non für den gesetzlichen Vertreter und für den bevollmächtigten Anwalt. Dementsprechend wird nun auch die Prozessfähigkeit definirt: „Als die Fähigkeit, für sich oder andere, selbst oder durch selbstgewählte Vertreter rechtswirksam prozessualisch zu handeln." (§§ 50, 74, 75, 86 CPO.) cfr. Wach I a. a. O. Um aber zu bestimmen, wem und in wie weit sie diese prozessuale Handlungsfähigkeit zuerkenne, dazu rekurrirt die CPO. auf das Civilrecht. Prozessual handlungsfähig ist hier der civilrechtlich Handlungsfähige bis zur Grenze der Verpflichtungsfähigkeit (§ 51 I). Diese letztere wird gemessen nicht an den einzelnen prozessualen Handlungen, sondern an dem dem Rechtsstreit zu Grunde liegenden materiellen Rechtsverhältniss in seiner Totalität. „Die Prozessfähigkeit in einem Prozess ist Prozessfähigkeit für alle in ihn fallenden Handlungen."

Das Ergebniss der bisherigen Erörterung lässt sich positiv oder negativ fassen. Letzteres wird lauten: Keine prozessual rechtswirksame Handlung ohne Prozessfähigkeit, ersteres: die im Prozess vorgenommenen Handlungen sind nur insoweit Prozesshandlungen, als sie, und eben deshalb, weil sie Prozessfähigkeit zur Voraussetzung haben. Soweit dies nicht der Fall, soweit nicht der prozessual technische Begriff der Prozessfähigkeit, den aus diesem Grund wichtig ist, als einen auf alle prozessualen Subjekte, soweit sie nicht Richter oder richterliche Hilfsbeamte sind, ohne Beschränkung auf die Partei zutreffenden zu formuliren, sondern lediglich der civilrechtliche der Handlungsfähigkeit massgebende Quelle ist für die jeweilige Handlung, sei sie vor Gericht oder ausserhalb desselben vorgenommen, kann dieselbe nicht als Prozesshandlung betrachtet werden. Hienach sind wir schon jetzt in die Lage gesetzt, eine ganze Reihe von Handlungen aus dem Gebiet der Prozesshandlungen auszuschliessen: so den Verkehr der Partei mit ihren Vertretern und Dritten, ihre Nachforschungen nach Thatsachen und Beweismaterial (jedoch nicht im Sinne des § 271 I), Aufforderungen an den Gegner zur Leistung, aussergerichtliche Vereinbarungen mit demselben jeder Art auch über Verzicht, Anerkenntniss und Geständniss, endlich auch aussergerichtlichen Vergleich; den Vergleich consequenter Weise auch dann, wenn er

vor Gericht, aber nicht als PV. abgeschlossen wurde, unter Umständen auch Stundung, sofern nicht mit derselben ein Verzicht auf den Klagsanspruch erklärt wird. Wo dies nicht der Fall, ist die Stundung civiles Rechtsgeschäft, der Vertagungsantrag PH., endlich auch Leistung. Dieselbe, auch wenn in der mündlichen Verhandlung erfolgt, ist weiter nichts, als civiles Rechtsgeschäft; das gerichtliche Anerkenntniss, das mit ihr möglicher Weise erklärt wird, ist nach dem oben gesagten in gleicher Weise PH. wie der Verzicht auf den Klagsanspruch.

II. Im Vorstehenden ist ein Massstab gewonnen, an dem die einzelnen im Prozess vorgenommenen Handlungen auf ihre Qualität als Prozesshandlung geprüft werden können; derselbe gestattet aber vorerst nur den Umfang des Gebietes der PHen. zu erkennen, während es für deren Inhalt noch an einer näheren Bestimmung fehlt.

Wir suchen diese aus dem Rechtsbegriff des Prozesses zu gewinnen. Aber auch dieser ist kein einheitlich feststehender. Planck a. a. O. I S. 205 versteht unter Prozess ein Verhältniss, welches unter der Herrschaft der Verhandlungsmaxime Rechtsverhältnisse zwischen den Parteien einer- und dem Gerichte andrerseits erzeugt. Wach dagegen a. a. O. I S. 34 fasst das Prozessverhältniss mit Bülow auf als ein einheitliches Rechtsverhältniss, lediglich mit einer Vielheit der subjektiven Beziehungen ausgestattet. Für unsere Frage ist diese Verschiedenheit der Ansichten übrigens von geringer Bedeutung.

Um aus dem „Prozess"-begriff Erspriessliches für den Begriff der Prozesshandlung zu gewinnen, zerlegen wir den terminus grammatikalisch; hiedurch wird Prozesshandlung zur „Handlung im Prozess".[1]) Demnach je für die Anhänger der einen oder anderen der

[1]) Es scheint diese objektive Fassung des aus dem Prozessbegriff hergeleiteten Prozesshandlungsbegriffs näherliegend als die subjective, wie sie z. B. von Wach I S. 24 beliebt wird als „Handlung der Prozesssubjekte" und auch in ihren Konsequenzen befriedigender. Der Prozesssubjekte gibt es in jedem Prozess drei: Kläger, Beklagten und Gericht, eventl. mehr bei einer Mehrheit in der Kläger- oder Beklagtenrolle. Dass aber der Intervenient oder die Parteivertreter, insbesondere der Beistand, der Substitut ohne Weiteres als Prozesssubjekt betrachtet werden dürfe, erscheint ebenso zweifelhaft, wie bezüglich des Gerichtsvollziehers — man denke, dass nicht der Gerichtsvollzieher des Prozessgerichts beauftragt ist — und doch will die PO. von den Genannten vorgenommene

obigen Lehrmeinungen „Handlung in dem öffentlich rechtlichen Verhältniss — Prozess genannt“ – oder „Handlung, causal für die in dem Prozessverhältniss denkbaren einzelnen Rechtsverhältnisse“. Diese letztere Fassung erscheint hier in ihren Konsequenzen befriedigender, denn nicht jede Handlung in dem Prozessrechtsverhältniss kann als PH. qualifizirt werden. Wach selbst sagt, dass die Prozesshandlung ihrer Idee nach rechtserhebliches Handeln sei (S. 25 a. a. O.). Wir erhalten dieses Moment durch die Bezeichnung der Handlung einer nothwendiger Weise causalen in Bezug auf jene Rechtsverhältnisse, und zwar causal für die Entstehung, Erhaltung, Endigung derselben. Demgegenüber sind rein thatsächliche Handlungen von den Prozesshandlungen ausgeschlossen, so die Einsichtnahme von Prozessakten § 271 CPO., Uebergabe einer schriftlichen Vollmacht für die Vergangenheit, wenn sie schon mündlich zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt worden war u. s. w. An der Kausalität der Handlung ist auch ersichtlich, ob dieselbe „im Prozess“ oder „ausserhalb desselben“ vorgenommen sei. Ersteres wird meistens zutreffen bei den vor Gericht bethätigten Handlungen, z. B. Verzicht, Anerkenntniss, aber nicht nothwendiger Weise, z. B. die vor Gericht erfüllte Leistung, ohne sie begleitendes Anerkenntniss; andrerseits kennt das Gesetz Prozesshandlungen, die nicht vor dem Gericht unternommen zu sein brauchen, z. B. Streitverkündung, Zustellung des Urtheils von Anwalt zu Anwalt (§ 181).

III. Nach obigem betrachten wir als Prozesshandlungen diejenigen Handlungen, d. h. Willensbethätigungen, welche

1) Prozessfähigkeit im Gegensatz zur blossen civilrechtlichen Handlungsfähigkeit zur Voraussetzung haben und welche
2) causal sind für die Entstehung, Erhaltung oder Endigung der einzelnen Rechtsverhältnisse im Prozessverhältniss.

Erst wenn eine Handlung beiden Erfordernissen genügt, ist sie Prozesshandlung. In einer grossen Reihe von Fällen wird die Anwendung des doppelten Massstabs zu verschiedenen Ergebnissen nicht führen. Was unter 1) fällt, wird eben schon aus diesem Grunde

Handlungen als PHen. unter der Bedingung aufgefasst haben, dass sie „im Prozess“ vorgenommen sind. Die Aeusserungen der Zeugen und Sachverständigen bleiben mit Recht vom Bereich der PHen. ausgeschlossen. Für diese kommt die Qualität der Prozessfähigkeit überhaupt nicht in Betracht, so wenig wie von vornherein die der civilrechtlichen Handlungsfähigkeit.

auch nach 2) PH. sein. Immerhin wird die Wichtigkeit auch des 2. Moments an anderen Fällen ersichtlich. So bei § 1241 CPO. Mit dem Parteibegriff ist hier der der Prozessfähigkeit verbunden. Die Beobachtung der Norm selbst ist aber für das Rechtsverhältniss zwischen Partei und Gericht in keiner der angegebenen Arten causal; ebenso § 271; auch hier kann von einer Causalität nicht gesprochen werden. Demgemäss können die betreffenden Handlungen blos als „Prozessthatsachen" erachtet werden Eine andere Frage ist die, ob die in abstracto als Prozesshandlung zu bezeichnende prozessuale Handlung auch in concreto solche ist.

IV. Die Anwendung des für die PH. gewonnenen Begriffs auf den PV. ergibt, dass derselbe zum mindesten „eine Prozesshandlung", eventuell „zwei auseinanderzuhaltende Prozesshandlungen" in sich schliesst. Insoweit der PV. Vergleich, d. h. civilrechtlicher Vertrag ist, setzt er allerdings sowenig Prozessfähigkeit voraus, als er causal wird für die Aufhebung der Rechtsverhältnisse im Prozess. Insoweit er dagegen Prozessinstitut ist — und das ist er durch den ihm essentiellen Verzicht des Angreifers auf erhobenen Angriffsanspruch immer in einfacher, durch den entsprechenden Verzicht des Angegriffenen auf erhobenen Vertheidigungsanspruch nach erfolgter Einlassung möglicherweise in doppelter Beziehung — ist er entweder Prozesshandlung, oder er umschliesst zwei Prozesshandlungen.

Die Verzichtserklärung des Angreifers wie des Angegriffenen auf Prozessanspruch bedingt deren Prozessfähigkeit als Voraussetzung, in gleicher Weise, wie der Verzicht auf den materiellen Anspruch materielle Handlungsfähigkeit. Ueber die Causalität des Prozessverzichts hinsichtlich Zerstörung des Prozessverhältnisses sind weitere Bemerkungen überflüssig.

Das praktische Ergebniss, das im Vorstehenden gewonnen wurde, besteht in der Anwendbarkeit der in der CPO. bezüglich der Prozesshandlungen aufgestellten Normen auf den PV., soweit dies deren Sinn nach möglich ist.[6])

---

[5]) Gegen die Prozesshandlungsqualität des PV. wird, soweit die Gründe aus der CPO. geholt werden, insbesondere mit § 77 argumentirt; vgl. insbesondere Küntzel a. a. O., Bd. XXVIII S 276; es kann darauf verzichtet werden, die Gegenbemerkungen von Seuffert zu § 52 Note 3 und Wach a. a. O. S. 577, N. 28 hier zu wiederholen. Hingegen erscheint es erforderlich, einen anderen

Punkt zu betonen. Schon mehrfach wurde auf Unzuträglichkeiten hingewiesen, die der Mangel einer Unterscheidung von civilem Vergleichsabkommen und Prozessvergleich im Gesetz mit sich bringt. Gesteht man zu, dass die CPO. mit Vergleichen in Gegenüberstellung zu den Prozesshandlungen lediglich die ersteren Vergleiche treffen wollte, so erscheint die Fassung des § 77 vollkommen erklärlich. Die Prozessvergleiche hingegen sind bereits unter den „Prozesshandlungen" mitbegriffen.

Die einschränkende Auslegung der Prozesshandlungen in § 64 findet ihren Grund in der rechtlichen Stellung des Nebenintervenienten. Im Uebrigen aber sind aus der Prozesshandlungsnatur des PV. alle Konsequenzen zu ziehen; so bezüglich des § 52 CPO. Hienach ist der Prozessvergleich giltig gegenüber dem Gegner abgeschlossen auch dann, wenn es für den ausserprozessualen V. einer besonderen Ermächtigung bedurft hätte. Vgl. bayr. AG. zur CPO. art. 177, württ. AG. z. CPO. Art. 15 Abs. 3, preuss. Vormundschaftsordnung § 42 Nr. 8; hinsichtlich der letzteren kann der von Linckelmann bei Busch, Bd. IX S. 230 f. unternommenen Lösung nicht beigetreten werden. Es ist allerdings durch § 52 CPO. die a. a. O. für den Vormund und Vater erforderte Genehmigung des Vormundschaftsgerichts beseitigt, und damit entfällt konsequenter Weise auch die Nothwendigkeit derselben für den minderjährigen Prozessfähigen. Linckelmann beantwortet die Frage auf Grund einer irrthümlichen Auffassung des „insoweit" in § 51 CPO. und der Verkennung der prozessualen Seite des PV. Im Prozess gibt es entweder Prozessfähigkeit, oder sie existirt nicht: ein Abwägen von Fall zu Fall und Annahme der Prozessfähigkeit oder -unfähigkeit, je nachdem für das dem prozessualen entsprechende civile Rechtsgeschäft Verpflichtungsfähigkeit besteht oder nicht, ist unzulässig, schon weil eine derartige Parallelisirung von civilem Rechtsgeschäft und Prozesshandlung unstatthaft erscheint (vgl. Wach a. a. O., S. 536 ff.). So auch Seuffert § 52 Note 3 und die dort Aufgeführten.

Eine Bemerkung scheint noch erforderlich. Der beschränkt Prozessfähige ist allerdings für den ganzen Prozess prozessfähig, sofern er hinsichtlich des materiellen Streitverhältnisses verpflichtungsfähig ist. Er darf also auch durch PV. über dasselbe disponiren. Aber hier findet er an dem materiellen Rechtsverhältniss die Grenze seiner Berechtigung. Eine ausserhalb desselben liegende Gegenleistung, die im Uebrigen unzulässig, ist er zu paktiren nicht berechtigt. Es wird z. B. ein Minderjähriger in Gemässheit des preuss. Gesetzes vom 12. Juli 1875 § 5 aus einem Erwerbsgeschäft verklagt, hinsichtlich dessen er prozessfähig ist. Es kommt PV. zu Stande. Die von ihm versprochene Gegenleistung darf nicht ausserhalb des Erwerbsgeschäfts liegen, sofern seine unbeschränkte Dispositionsfähigkeit nicht weiter reicht.